

CIDIP - OEA

INFLUENCIA Y
APLICACIÓN EN LOS
ORDENAMIENTOS
JURÍDICOS
LATINOAMERICANOS



Paula María All
Luis E. Rodríguez Carrera

Directores

All, Paula María

CIDIP-OEA : influencia y aplicación en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos / Paula María All ; Luis Ernesto Rodríguez Carrera. - 1a ed compendiada. - Santa Fe : Paula María All, 2024.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-631-00-5416-2

I. Derecho Internacional Privado. I. Rodríguez Carrera, Luis Ernesto II. Título CDD 341.09

Diagramación: Julia Gaviola

Archivo digital

ISBN: 978-631-00-5416-2

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723 (Argentina)

Reservados todos los derechos sobre este libro. No se puede, total o parcialmente, traducir, reproducir, almacenar, transmitir, adaptar y/o utilizar de manera alguna, ni por ningún medio, electrónico, químico, mecánico, óptico, de grabación, o electrográfico sin el consentimiento escrito de los autores.

Influencia y aplicación de las Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIPs-OEA) en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos

Presentación

Paula María ALL / Luis Ernesto RODRÍGUEZ CARRERA.....6

I. La CIDIP en el contexto de la codificación internacional del Derecho internacional privado

Una visión latinoamericana sobre el multilateralismo

Didier OPERTTI BADÁN.....11

La Organización de los Estados Americanos, la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho internacional

Dante Maurico NEGRO ALVARADO27

Algunas reflexiones sobre las CIDIPs

José Antonio MORENO RODRÍGUEZ64

A 50 años de la primera CIDIP: el valioso legado de las CIDIPs. Los Derechos Humanos de entonces y de hoy. Nuevos problemas, renovados desafíos; la necesidad de continuar avanzando

Eduardo VESCOVI68

El orden público internacional, la flexibilización y los Derechos Humanos en el legado de CIDIP

Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE86

El impacto de las CIDIPs en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos

Paula María ALL / Luis Ernesto RODRÍGUEZ CARRERA.....105

II. Experiencias estatales latinoamericanas

Argentina

Aplicación e influencia de las Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIPs) en el ordenamiento jurídico argentino

Paula María ALL / Carolina D. IUD / Nieve RUBAJA.....141

Brasil

Convenções das CIDIPs nos tribunais superiores brasileiros: as populares, as conhecidas e as ignoradas

Daniela TREJOS VARGAS.....179

Colombia

Las CIDIPs y su papel en el ordenamiento jurídico colombiano

José Luis MARÍN.....197

Costa Rica

Reporte de Costa Rica

Juan José OBANDO.....215

Chile

Aplicación e influencia de las Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIPs) en el ordenamiento jurídico chileno

Jaime Gallego Zúñiga.....228

El Salvador

El estado actual del Derecho internacional privado salvadoreño
Ana Elizabeth VILLALTA VISCARRA.....242

México

Reporte sobre el impacto de las Convenciones interamericanas en México
María Mercedes ALBORNOZ / Nuria GONZÁLEZ MARTÍN.....262

Paraguay

¿Cómo han influido las CIDIPs en el derecho interno paraguayo?
Felicita ARGAÑA BENDLIN.....297

Uruguay

Las CIDIPs en el Uruguay: una simbiosis duradera
María Laura CAPALBO / Gonzalo LORENZO IDIARTE.....315

Venezuela

El Derecho internacional privado venezolano y la codificación
interamericana
Claudia MADRID MARTÍNEZ324

Presentación

La obra de las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIPs) siempre fue un “sello distintivo” en nuestra historia como Profesores de Derecho internacional privado (DIPr); en un caso, porque Tatiana Maekelt era la “maestra” y artífice del DIPr venezolano, impulsora de la primera ley de DIPr del continente americano y directora de la primera Maestría en DIPr; en el otro, porque Diego Fernández Arroyo es un estudioso voraz del DIPr interamericano que insistió en que muchos/as estudiáramos el proceso de codificación del DIPr de la región, y que asistiéramos al Curso de Río del Comité Jurídico Interamericano. Por esas cosas de la vida, nos cruzamos en la ASADIP y tuvimos la grata alegría y el inmenso honor -desde diferentes lugares- de poder colaborar en sus actividades desde aquellos comienzos en Asunción hasta el día de hoy.

Cuando se acercaban los 40 años de la celebración de la primera CIDIP tuvimos la idea de hacer un homenaje tratando de reportar cómo sus normas habían tenido un impacto decisivo en la codificación latinoamericana de fuente convencional y, a la vez, en los ordenamientos estatales latinoamericanos de DIPr de fuente interna. Eso no era nada nuevo, pero lo que nos interesaba saber era qué había sucedido con las ratificaciones, cuál era su influencia, cómo habían sido receptadas por los tribunales estatales de los diferentes Estados. De un lado, enseñábamos en las Universidades las Convenciones y los demás instrumentos de las CIDIPs; de otro, veíamos emerger un derecho que no era producido por el Estado sino por otros actores que cada vez más cobraban protagonismo en la escena internacional. Y la realidad latinoamericana, con sus tiempos, sus creencias, sus valores, sus tradiciones jurídicas nos interpelaba desde el punto de vista no solo académico sino también desde el ejercicio profesional.

Las Jornadas de nuestra apreciada ASADIP se llevaban a cabo cada año, y en cada una ellas el Profesor Opertti solicitaba la palabra para referirse a la historia y a la aplicación de las diferentes normas de las Convenciones interamericanas. Aprendimos a escuchar con atención, a visualizar la trascendencia de la impronta latinoamericana e interamericana, a trazar simetrías y asimetrías entre los textos, a comprender la importancia ineludible del derecho comparado -aunque en nuestras Facultades de Derecho ni tan solo un renglón se incluía en la currículum de grado¹. Una característica de la

¹ Ver A. M. GARRO, “El Derecho comparado y su lugar en la enseñanza del Derecho: ¿qué, cómo y cuándo?”, disponible en: <https://www.isdc.ch/media/2113/agarroel-derecho-comparado-y-el-papel-que-juega.pdf>

ASADIP es que siempre ha contado con un panel dedicados a los foros de producción jurídica, tanto universal como regional. Y cada año la OEA - desde aquel 2007- estuvo representada allí por Dante Negro, explicando la agenda de trabajo de la organización, sus límites y sus desafíos, generando con la ASADIP una sinergia académica signada por la idea de defender lo interamericano pero sin perder de vista nunca la inserción en el mundo global ni la colaboración con los demás foros de codificación.

Como sostuviera Fernández Arroyo, “no es exagerado decir que las más claras señas de identidad del DIPr latinoamericano son precisamente el componente internacional de los sistemas estatales y la tendencia a la codificación internacional. En relación con la primera, es preciso recordar que, además de los supuestos de aplicación directa de las normas convencionales de DIPr, los tribunales nacionales suelen reconocer el carácter de ‘doctrina más recibida’ a textos como los mencionados. Respecto de la segunda, no hay mucho que agregar a la evidencia de Montevideo, Bustamante y la CIDIP, complementada, a escala subregional, por textos de DIPr como los variados que se han adoptado en el seno del MERCOSUR”².

En diciembre de 2003 firmamos -como jóvenes entusiastas- la Declaración de Córdoba de profesores sudamericanos de DIPr acerca del futuro del proceso de la CIDIP. En aquel entonces escuchábamos a Didier Operti y a Tatiana Maekelt decir que para los Estados latinoamericanos la CIDIP era un ámbito natural para la elaboración de un DIPr de alcance regional, entendiendo a la codificación regional como coadyuvante con la codificación que se realiza a escala mundial.

Muchos años han pasado y aquel proyecto que surgió comentando nuestros inicios como Profesores, se concretó casi 10 años después gracias a la enorme generosidad y colaboración de Profesores y Profesoras de la ASADIP que brindaron sus contribuciones para que esta publicación digital pudiera servir de material para nuestros estudiantes en las aulas universitarias latinoamericanas.

Siempre soñamos con tener un repertorio de jurisprudencia de las CIDIPs. Una base de datos sonaba muy pretenciosa. Creíamos en ese entonces un poco atrevido (por no decir irresponsable) referirnos a la aplicación jurisprudencial de las CIDIPs. Sin embargo, estábamos absolutamente convencidos -y lo seguimos estando- de que resulta necesario contar con un acervo de este tipo. Los hechos fácticos nos indican que las Convenciones resultan en muchos países ampliamente conocidas en el ámbito judicial local, lo cual se traduce en un gran número de sentencias que las aplican o mencionan. Pero eso no es así en todos los Estados. Incluso en

² D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, “La contribución de la Organización de los Estados Americanos al Derecho internacional privado”, disponible en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXII_curso_derecho_internacional_2005_Diego_P_Fernandez_Arroyo.pdf

aquellos países ratificantes de las Convenciones interamericanas, se observa que en algunos pronunciamientos se mencionan Convenciones que no se encuentran vigentes para ese Estado o, incluso, en algunos casos aislados -a pesar de la pertinencia de la aplicación de la Convención-, se hace caso omiso de la misma.

Esta publicación digital cuenta con dos partes: la primera, referida a la CIDIP en el contexto de la codificación internacional del Derecho internacional privado donde varios profesores de la ASADIP nos dan su mirada desde diversas ópticas y, la segunda, dedicada a las experiencias estatales latinoamericanas, poniendo énfasis en la influencia y aplicación de las CIDIPs en sus ordenamientos jurídicos y la práctica judicial de sus tribunales; así, se recogen los reportes de Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, El Salvador, México, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

El equilibrio entre el pasado y el futuro constituye el desafío de la codificación del presente. En la mitología romana el Dios Janus fue representado como una cabeza con dos caras: una mirando hacia el este y la otra hacia el oeste; una simbólicamente mirando hacia el futuro y la otra hacia el pasado. Janus fue usado para simbolizar el cambio y la transición, para simbolizar la idea de progresión de una situación a otra, ya que su dualidad le permitía con una cara observar el pasado y con la otra prestar atención al futuro. ¿Mirar el pasado para no perder de vista el futuro? Exactamente. Porque queramos o no, los cambios se están llevando a cabo. Nuestra imagen jurídica tradicional sobre los patrones de poder ya no es la adecuada. Necesitamos nuevas maneras de pensar. Sin ninguna duda, son tiempos de cambio, y en materia de planteamientos jurídicos resulta necesario poner sobre la mesa las discusiones pertinentes ya que no es posible negar la existencia y la fuerza del *soft law*. Todos los planteamientos giran en torno a la idea de que se elimina al Estado como único foco de juridicidad (antípoda teórica del centralismo legal), es decir, el Estado no posee el monopolio de la producción jurídica. Se evidencia una disminución en algunos casos y una eliminación en otros de la preeminencia empírica y teórica del Estado, a la vez que se abren nuevos focos de juridicidad, más allá de que sea el propio Estado el que autorice a las partes a introducir, por ejemplo, el *soft law* en sus contratos y que imponga determinados límites a partir del orden público o de las normas de policía. Es el propio Estado también el que recibe las normas de *soft law* emanadas de foros de codificación -universal y regional- para adecuar su propio DIPr de fuente interna. Lo cierto es que en los tiempos que corren resulta necesario analizar “el DIPr en contexto”.

Concebimos al DIPr bajo la visión amplia pluralista que recibe todos los métodos y fuentes normativas idóneos para alcanzar la realización de soluciones justas en los casos multinacionales de derecho privado. El DIPr de hoy no es solo un grupo de normas de conflicto de leyes. Es una disciplina necesariamente abierta y receptora de regulaciones materiales de fuentes

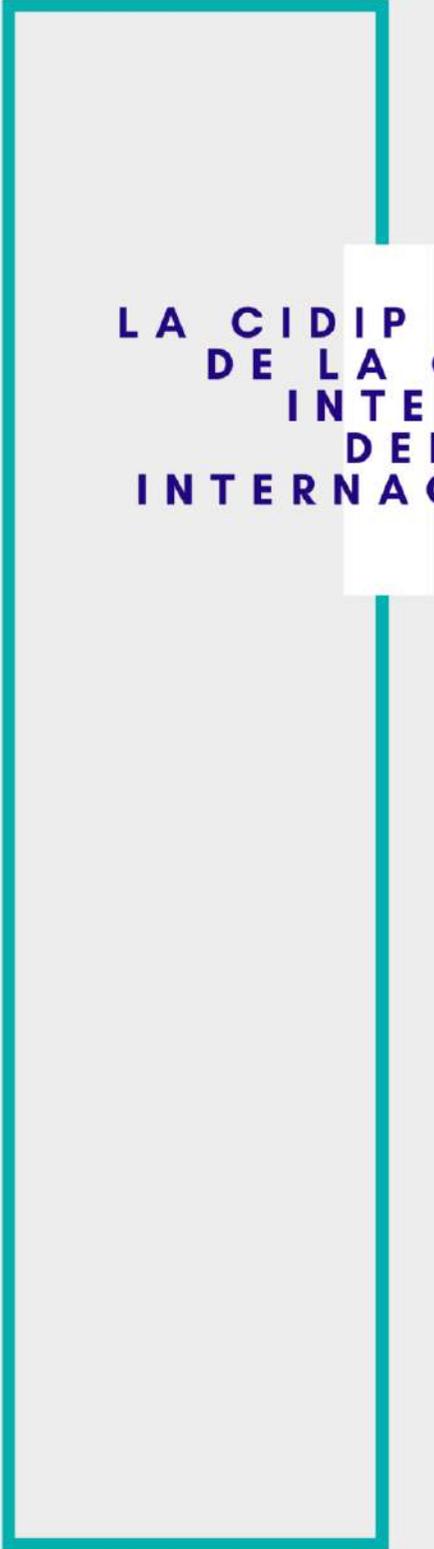
diversas, aunque no por ello ha de ser ingenua y descuidada a la hora de resguardar el mantenimiento de las estructuras principistas que forman los cimientos de las organizaciones estatales e internacionales en sus distintas formas. En esta línea, los trabajos que siguen invitan a una reflexión.

A todos/as los que participaron de esta “aventura colectiva” y que tuvieron que revisar y actualizar sus trabajos les damos las gracias. Esperamos que la lectura de esta publicación sea de utilidad en nuestros aulas para reflexionar y replantear el DIPr interamericano en los actuales tiempos de inserción global.

Santa Fe / Caracas, 15 de septiembre de 2024.

Paula María ALL
Presidenta ASADIP

Luis Ernesto RODRÍGUEZ CARRERA
Secretario General ASADIP



LA CIDIP EN EL CONTEXTO
DE LA CODIFICACIÓN
INTERNACIONAL
DEL DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO

Una visión latinoamericana sobre el multilateralismo

Didier OPERTTI BADÁN*

Sumario: I. Palabras preliminares. II. Una apreciación general. III. Comentarios sobre esta Primera parte. IV. Una descripción básica de la situación económico-social de América Latina. V. Un nuevo tema: la Alianza Pacífico (fundadores: Colombia, Chile, México y Perú). VI. Una visión política general de América Latina. Proceso de democratización y estabilidad institucional. Su influencia sobre el multilateralismo. VII. Los grandes interrogantes y sus posibles respuestas. VIII. Ampliemos nuestras preguntas. IX. Otros interrogantes sobrevinientes. X. Una evaluación realista de la integración en América Latina. XI. Reflexiones finales.

1. Palabras preliminares¹

Señoras, señores, estimados colegas, amigos.

Mis primeras palabras serán para agradecer la invitación de la CAF-Banco de Desarrollo de América Latina y de esta prestigiosa Universidad, al darme la oportunidad de agregar al tema bajo examen ciertas consideraciones desde una perspectiva no exclusivamente académica -como podría ser mi tentación- para tratar de reflejar experiencias y reflexiones nacidas en un proceso de simbiosis de diversas prácticas, especialmente en el ámbito del MERCOSUR, en él y desde nuestro Ministerio de Relaciones Exteriores y desde ALADI en el proyecto de integración más amplio de la región, sin

* Catedrático de Derecho internacional privado. Ex Director del Departamento de Codificación y Desarrollo del Derecho Internacional de la Secretaría General de la OEA (Washington D.C., 1979-1981). Embajador Permanente de la República Oriental del Uruguay ante la OEA (1988-93). Delegado uruguayo en la CIDIP y Presidente de dos CIDIPs. Ministro del Interior (1995-1998) y Ministro de Relaciones Exteriores (1998 a 2005) de Uruguay. Ex Secretario General de ALADI. Miembro fundador de la ASADIP.

¹ Nota del autor: ofrezco a la ASADIP para su publicación, con la anuencia expresa de la CAF *Development Bank of Latin America-LSE (The London School of Latin America and Global South Unit -ILSE-)*, la Conferencia (inédita que pronunciara en la *Second Annual CAF- LSE*, en Londres, el 16 de enero de 2015, por estimar que el tema registra interés y actualidad desde que atraviesa los diferentes escenarios del multilateralismo de los que hace parte el Derecho internacional privado, y en especial la CIDIP (Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado).

omitir por cierto las tempranas y renovadas vivencias en el seno de la Organización de Estados Americanos.

II. Una apreciación general

1. A modo de anticipo nos permitimos formular los siguientes comentarios:

A) Con fines de anticipo y en cuanto al tema en sí, comienzo por afirmar que América Latina está plenamente envuelta en la dimensión del multilateralismo y los problemas que lo afectan en el presente, sin desconocer que cada región lo vive de un modo diferenciado más allá de una razonable “homogeneización” a nivel mundial y regional. Así, el multilateralismo como forma, por su objeto, partes y procedimientos, pasa a ser dominio de las Convenciones de Viena del Derecho de los Tratados de los sesenta, bien conocidas de todos ustedes.

B) Se trata, pues, de considerar aquí el asunto desde la mirada -por ahora no llega a ser una visión- del que debe actuar dentro del multilateralismo en el marco general de las relaciones internacionales y, en particular, como lo enfoca América Latina en este tiempo desde una visión político-económica amplia, despojada de los enfoques puramente técnicos del derecho internacional a los que somos tan afectos los profesores de derecho internacional, esto, naturalmente, en tanto y en cuanto sea posible.

C) Es preciso advertir que una actitud rupturista del multilateralismo institucional global -ONU, OMC, Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial- no sería, al menos en mi caso, seria y responsable desde una representación que no me atribuyo. Esto no impide el análisis y, en algunos casos, la crítica de ciertas acciones y decisiones, en especial, de las que afectan más directamente a nuestra región o a ciertos países de ésta. En este último sentido, colocamos las disfunciones del MERCOSUR, las limitaciones autoimpuestas por los Estados Miembro de la ALADI y, particularmente, ciertas trabas a la inserción comercial internacional que llevan a poner en duda la conveniencia de esos Acuerdos.

D) En todo caso, no por obvio menos destacable, la multilateralidad institucional global continúa siendo una solución imprescindible para la comunidad internacional y una garantía para todos los Estados, especialmente para los más pequeños o más débiles en tanto que ni las Naciones Unidas ni la propia OMC, disponen de facultades suficientes para evitar políticas unilaterales de los Estados más poderosos. Así ocurrió durante la Guerra Fría y sigue sucediendo hoy, aunque el hecho no sea atribuídole de modo exclusivo a la voluntad unilateralista, sino que en muchos casos ésta es la respuesta a la ineficacia de los mecanismos multilaterales. De suyo, esta idea también es aplicable al bilateralismo, y que se da particularmente en organizaciones de membresía asimétrica así como de aquellas que por su

escaso número no habilitan la formación de mayorías capaces de impedir que las economías mayores decidan por sí mismas. Aquí la regla del consenso se convierte en una fórmula garantista y al mismo tiempo restrictiva.

2. Me permito añadir como “recapitulación inicial” las siguientes ideas:

A) El nacimiento de nuevas organizaciones de alcance regional de naturaleza esencialmente económica, no excluyente de la política, por ejemplo las de integración, muestran la vigencia y modernidad de la solución multilateral.

B) El diálogo político en la propia región e interregional institucionalizado, ha mostrado ser un instrumento necesario y útil que ha permitido, por ejemplo, llegar al nivel de una asociación estratégica como es el caso de la Unión Europea-MERCOSUR, nacida en el Tratado de Madrid de 1995 y en vigor desde 1999.

C) Ninguno de estos ejercicios excluye los acuerdos bilaterales cuando estos pueden ser plus, vale decir, ir más allá de los instrumentos multilaterales. Una mayor flexibilidad del Arancel Externo Común -Unión Aduanera- le daría a los acuerdos una dosis de realismo acorde al mundo globalizado; cuando ella no existe se convierte en un aliciente del unilateralismo.

D) Aquí incluimos los acuerdos de carácter productivo entre agentes económicos privados de diferentes países con la formación de las llamadas “cadenas globales de valor”, “fragmentación de la cadena de valor”, u otras formas similares. Todas ellas aseguran la coparticipación de los países en el diseño, producción y distribución de un bien o servicio con el objetivo de facilitación del comercio². Estamos en presencia de un interesante proceso de privatización multilateral en curso al que debemos prestarle atención en el ámbito económico y en el ámbito jurídico como respuestas o expresiones de la globalización. La autonomía contractual y el arbitraje para la solución de los conflictos público-privado se abren camino.

E) Es preciso reiterar el papel de los agentes económicos privados en este proceso de tonificación del comercio internacional y ver en ello una multinacionalización creciente que se adelanta así al proyecto de acuerdo sobre facilitación del comercio que se negocia actualmente dentro de la Organización Mundial del Comercio como parte del paquete de Bali.

III. Comentarios sobre esta Primera parte

3. Cada uno de estos puntos merecería mayor tiempo y profundidad. Se trata solamente de aportar el testimonio de un latinoamericano, que continua

² Ver J.S. BLYDE (edit.), *Fábricas sincronizadas: América Latina y el Caribe en la era de las cadenas globales de valor*, BID, 2014, pp. 137-145.

siendo integracionista y cuyo juicio no está libre de una cierta dosis de subjetividad personal inevitable.

Desde ella, expresamos nuestra total coincidencia con el muy estimado ex Presidente Ricardo Lagos, aquí presente, cuando a la luz del surgimiento de la Alianza Pacífico -Colombia, Chile, México, Perú- nos convoca a tener en la región “una mirada común”, a “participar como un todo para pesar más” y a utilizar los distintos mecanismos que tenemos para poder ordenarnos y ocupar el rol que estamos llamados a ejercer por nuestra importancia económica, por nuestros valores culturales y por la identidad de cada una de nuestras naciones, que queremos y que queremos proyectar y contribuir para conseguir un mundo mejor³.

IV. Una descripción básica de la situación económico-social de América Latina

4. Ni el pretense “choque de civilizaciones”, tan debatido en su tiempo y en la actualidad, ni la alegada “decadencia de Occidente” como parte de una mirada presente, encuentran en América Latina una evidencia corroborante que acredite cualquiera de ambos asertos sin perjuicio del espacio propio de quienes así piensen.

Por lo contrario, y sin que esto implique una visión reduccionista de tan compleja cuestión, la condición de América Latina como una amalgama de corrientes emigratorias plenamente integradas al tejido social por una parte, y por la otra, la extendida e indiscutible tolerancia por todos los credos y religiones, así como el rechazo de toda forma de violencia y terrorismo, es una contribución de América Latina a la paz internacional que cumple así el mandato de la Carta de San Francisco y renueva el compromiso vital con valores de fuerte raigambre occidental.

El temprano apego al multilateralismo institucional es hoy un valor entendido en América Latina practicado a nivel de integración regional y en particular en lo que hace a la tutela de los derechos humanos, sin perjuicio de otros escenarios en los que la acuciosa búsqueda de la gobernanza internacional convoca una mirada no retórica de la globalización pudiendo afirmarse que de esa empresa participan tanto los Estados como los sujetos privados, estos últimos con fuerte énfasis en el arbitraje y otras formas público- privadas de solución pacífica de las controversias.

5. Supuestos básicos como los recién expuestos, en algunos casos en plena evolución (caso de las relaciones Estados Unidos-Cuba como la más reciente buena noticia), configuran verdaderas fortalezas a tener en cuenta a la hora

³ R. DEVLIN / O. ECHEVARRÍA/ J.L. MACHINEA (Edits.), *América Latina en una nueva era de globalización. Ensayos en honor de Enrique V. Iglesias*, Caracas, CAF, 2014, pp. 162-164.

de inventariar también, con objetividad, las debilidades, tareas tan necesarias la una como la otra.

Una mirada del cuadro económico-social de América Latina de estos últimos años muestra, por una parte, un crecimiento promedio interesante (aumento de las exportaciones e importaciones y de las inversiones extranjeras directas) y por la otra una reducción generalizada de la pobreza, aunque acompañada de un aumento del sector vulnerable básicamente vinculado a la informalidad que lo sitúa en 200 millones de personas (38% de la población), de las cuales la mitad no trabaja y la otra mitad es informal. Una renta per cápita promedio de 13 mil dólares, con un crecimiento de la clase media (21% en el 2000 y 34% en el 2012), muestra también que los pobres pasan del 41,7% en el 2000 al 25 % en el 2012). Empero, la inequidad en la distribución del ingreso no baja sustancialmente y acompañada del envejecimiento de la población que pasa de 55 años en 1950 pasa a 74 años en 2010 y más en los siguientes.

6. Vale recordar, aunque *déjà vue*, que en la última década el comercio de los llamados *commodities* aumentó en precio y cantidad en muchos de los países latinoamericanos con un claro mejoramiento de los términos de intercambio y el consiguiente aumento del PBI con base en las exportaciones y la participación gravitante de China en el comercio internacional, luego de ingresado a la OMC, han producido un mejoramiento cierto de las economías regionales.

Este resultado no atribuido a los mecanismos de integración, inclina el juicio de varios Gobiernos, economistas y actores del comercio, en favor de una concepción aperturista de libre mercado no necesariamente compatible con las reservas de mercado propias de una Unión Aduanera como por ejemplo la del MERCOSUR el que se trata de un Acuerdo de Alcance Parcial de ALADI (AC 18).

A mi juicio, la integración regional -claro ejemplo de multilateralismo- requiere un examen que no se limite a los resultados económicos -sin ignorarlos, por cierto-, sino que abarque también los valores históricos, geográficos, culturales que son la sustancial argamasa que impulsa su creación al impulso de un proyecto compartido de crecimiento y desarrollo.

7. En otro orden de ideas, la crisis de expansión y disminución del propósito inclusivo así como la pérdida de calidad de la educación en sus diferentes niveles -aunque con matices-, es un factor que demanda la atención de los gobiernos de América Latina y ocupa un sitio relevante en la agenda de los partidos políticos en general, cualquiera sea su orientación filosófica aunque con diferentes grados de influencia del sector docente corporativizado.

En suma, estos datos que apenas hemos glosado, han sido elegidos sólo para dar cuenta de una evolución de manera muy general sin pretender en modo alguno cotejarlos con los que aportan y aportarán connotados especialistas y hombres de gobierno en las áreas concernidas. La

interpretación más profunda de esta evolución y su tendencia es un aspecto no soslayable y acaso fuere una de las resultancias tangibles de esta conferencia en lo que al punto refiere.

La descripción agregó, tampoco conlleva ni una asunción de caso único ni una comparación con otras regiones o sub-regiones, pues cada una de ellas vive a su modo la etapa actual de la evolución de la economía internacional, como sucede, por ejemplo con las organizaciones multilaterales de integración que nos presenta África y Asia, y por supuesto, Europa, cuyo modelo de la Unión Europea ha sido inspirador de otros tanto por su estructura orgánica como por los objetivos y medios previstos para lograrlos.

Cabe también reconocer que América Latina ha sido prolífica, acaso en exceso, en la creación de entidades de integración y hasta provocado con ello una cierta superposición en una suerte de inflación institucional, *v.gr.* si vemos ALADI (1980), MERCOSUR (1991), CAN (1967), Unión Sudamericana (2004) y últimamente CELAC, formada para incluir Caribe y excluir a los Estados Unidos desde una concepción un tanto ideologizada e irreal del diálogo hemisférico hoy vigorizado por el descongelamiento Estados Unidos-CUBA, hecho llamado a tener efectos mayores en la familia latinoamericana en sus orientaciones y referencias ideológicas.

V. Un nuevo tema: la Alianza Pacífico (fundadores: Colombia, Chile, México y Perú)

8. La Alianza Pacífico ha sido calificada por la CEPAL como una fórmula que avanza “hacia la convergencia en la diversidad” (Informe de noviembre de 2004).

Se suma una nueva oferta institucional de acceso al mercado en la región y fuera de ésta con el proyecto transpacífico, una propuesta ambiciosa de multilateralismo transcontinental llamado a producir efectos económicos y posibles cambios en el mapa geopolítico con una clara diversidad de las áreas de influencia Pacífico y Atlántico, aunque no exento de firme oposición de sectores políticos importantes en los Estados Unidos de América.

Por cierto se abre aquí un estimulante diálogo regional en el que el telón de fondo del multilateralismo se pone en evidencia con la posibilidad de un acuerdo MERCOSUR-Alianza Pacífico como una fórmula de negociación interinstitucional, necesitada por cierto, de decisiones simétricas de ambas partes como única forma de canalizar el legítimo interés de cada uno de los países.

En todo caso, resulta muy claro que los múltiples compromisos multilaterales en vigor y los que aparecen en el horizonte presente, acreditan una participación de América Latina ciertamente relevante y auspiciosa no

siempre acompañada de una decidida voluntad política de consolidación, muy vinculada al tradicional concepto de soberanía renuente a la delegación y menos aún a la transferencia de poder. Y muy lejos, todavía, de aceptar la supranacionalidad.

9. Empero, esto no excluye un análisis un tanto más profundo que podría incluir la soberanía misma, tema central, al que sólo aludiremos en el tiempo disponible -que procuraremos cumplir-, no sin antes precisar que nuestra visión del multilateralismo y sus actuales perspectivas en lo regional no reposa en acuerdos o decisiones expresas de América Latina al respecto y tampoco, de suyo, con formulaciones expresas sobre la soberanía. Este límite opera a la hora de la creación y funcionamiento de mecanismos institucionales o sirve como base para la adopción de medidas unilaterales en los más diversos campos como lo demuestran, entre otros, la propia Unión Europea a la hora de procurar una política exterior común e integrada en un terreno minado de acechanzas conceptuales y materiales.

Una vez más con Giddens cabe tener presente que “El multilateralismo - la gobernanza por medio de la consulta y la persuasión es un rasgo intrínseco de la Unión Europea y es un principio ampliamente aplicable en un mundo interdependiente”⁴.

10. En suma: nuestro enfoque si bien no se concentra exclusivamente en el área económica, en particular la comercial, es ésta la que acaso mejor refleja la evolución más reciente del tema del multilateralismo en la región, en su interior y en las relaciones con el mundo exterior. Por tanto, el análisis institucional aparece estrechamente condicionado por esa prevalencia y sólo registra la opinión personal del autor.

Este enfoque nos conduce al siguiente punto que nos permitimos compartir con ustedes asumiendo que acaso la originalidad no sea su condición dominante pero sobre lo cual hemos entendido necesario avanzar -lo hemos dicho antes- de una manera progresiva y por ende dialéctica.

VI. Una visión política general de América Latina. Proceso de democratización y estabilidad institucional. Su influencia sobre el multilateralismo

11. Este planteamiento requiere un “deslinde y ubicación”. Veámoslo de esta forma:

A) América Latina -entendida como Sudamérica, Centroamérica, México, Haití y Cuba-, es parte de la civilización occidental, cuyos modelos y valores universales ha adoptado con la jerarquía de principios básicos e

⁴ Ver A. GIDDENS, *Europa en la era global*, Barcelona, Grupo Planeta, 2007, esp. cap. VIII: Ocho tesis sobre el futuro de Europa.

ineludibles de convivencia y organización y una observancia acorde al grado de evolución socio-política de cada uno de los países.

El plexo normativo de los derechos humanos -cláusula democrática mediante- es un capítulo fundamental del activo regional al punto de invocarse de modo creciente su pertenencia al llamado “bloc constitucional”, que tiene lugar en América Latina y Europa en una suerte de paralelo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica y la Corte Europea de Estrasburgo.

Naturalmente esto no implica desconocer el Caribe como parte de la CELAC, de reciente creación, esto es, -recuerdo-, una suerte de nueva OEA ahora sin Estados Unidos ni Canadá. Los países del Caribe anglófono ofrecen un buen ejemplo de integración sub-regional un tanto diferenciado por la pertenencia a un sistema de fuente anglosajona con su consiguiente efecto sobre el marco institucional y cultivan un relacionamiento *intra* OEA que se proyecta en número (14) en su membresía (34) e incide en su agenda especialmente en materia de cooperación así como en las decisiones de los órganos y en la elección del Secretario General.

B) Todos los Estados de América Latina son parte de las Naciones Unidas y por lo tanto están obligados a observar sus reglas y convenciones, participando activamente en ella e Influyen en términos relativos más a título individual y en función de su propia gravitación (territorio, población, economía, poder, etc.) que por la acción del GRULAC que los aglutina. Son también miembros de la Organización Mundial de Comercio y forman parte muchos de ellos de las organizaciones de integración, regionales y sub-regionales, básicamente destinadas a la integración comercial, y creadas al amparo de la cláusula XXIV del Acuerdo bajo las formas y requisitos previstos en ella.

C) Nuevas soluciones bilaterales en materia de solución de controversias comerciales fuera de la OMC y su órgano de apelación en la solución de controversias, son síntomas evidentes de una descentralización creciente, situación que no podría quedar fuera de una visión preocupada del multilateralismo universal⁵.

La Corte Internacional de Justicia de La Haya, por su parte, es juez supremo para aquellos Estados que han aceptado su competencia para resolver las controversias entre ellos. Incluso a nivel del MERCOSUR el Protocolo de Olivos (2002) permite al reclamante optar por su sistema de

⁵ Ver el interesante trabajo compartido de una muy destacada experta brasileña en temas de OMC: V. THORSTENSEN / L. FERRAZ, “O Isolamento do Brasil em relação aos Acordos e Mega-Acordos comerciais”, *Boletim de Economia e Política Internacional*, n° 16, 2014 disponible en: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3762/1/BEPI_n16_isolamento.pdf

solución de conflictos o el de la OMC, en una solución que me ha merecido críticas⁶.

En suma: Naciones Unidas y OMC continúan siendo las máximas expresiones del sistema multilateral global, la primera en orden a la paz y seguridad, la segunda en materia de reglas generales de comercio.

D) La OEA sigue siendo en lo político-institucional la única institución integrada por todos los Estados del hemisferio sin perjuicio de la particular posición de Cuba -levantada ya la suspensión -sigue siendo Estado Parte de la Carta de la OEA que nunca denunció, lo que hoy día permite suponer un cambio importante en el organismo inicialmente a nivel internacional y luego, interno a la luz de su eventual regularización *animus retornandi* mediante, con todo lo que este supone en cuanto al compromiso democrático de la Carta Interamericana aprobada por la Asamblea General en Lima el 11 de setiembre de 2001, fecha que se recuerda como la mayor tragedia provocada por el terrorismo en los últimos tiempos. Dicho proceso de retorno de Cuba a la OEA comenzó con la Asamblea General de 2009 en San Pedro Sula, Honduras.

E) América Latina con su matriz normativa de derecho romano y europeo continental consagra en las respectivas Constituciones escritas de los países de clara influencia en algunos de las Constituciones norteamericanas y de la Constitución de Cádiz de 1812 (la llamada PEPA así conocida por ser el día de San José) el repertorio de derechos humanos y deberes básicos, el llamado capítulo dogmático-propio de los Estados liberales que hacen de la libertad, en todas sus formas, el valor fundamental a partir del cual se desarrollan las demás libertades, entre ellas la libertad de pensamiento que junto a la protección del derecho a la vida configura el plexo normativo de mayor relieve. Las libertades cívicas constituyen en lo político una garantía de pluralidad de partidos políticos patentizada por la rotación en el gobierno como suprema evidencia del respeto de las mayorías y minorías.

Estos son aspectos fundamentales a la hora de considerar América Latina en su conjunto y este sentido es preciso reconocer que América Latina ha venido afirmando, en general, la identidad de los Estados de derecho que la integran y ha asumido el compromiso democrático si bien con énfasis y matices diferentes que muestran hoy auspiciosos y alentadores cambios. Esta situación no está exenta de desvíos de corte populista y caudillista en algunos de nuestros países no totalmente superados y que podrían alterar el activo mayor de América Latina cual es, sin duda, la estabilidad democrática.

⁶ Ver D. OPERTTI BADÁN, "El nuevo mecanismo de solución de controversias del MERCOSUR", en: Lacarte Muró, J. / Granados, J. (Edits.), *Solución de controversias comerciales intergubernamentales: enfoques multilaterales y regionales*, Buenos Aires, BID / INTAL / ITD, 2004.

12. A modo de conclusión primaria: lo anterior, por supuesto, sin trazar un cuadro idílico de la situación de América Latina, le atribuye a la región una carta de identidad respetable que la convierte en un interlocutor válido a tener en cuenta en la esfera internacional en momentos históricos de nuevas o renovadas incertidumbres de tipo filosófico político que afectan la comunidad internacional en su conjunto y pone a prueba no sin cierta perplejidad un sistema internacional nacido sobre la base del componente Estado-nación, hoy sustituido en ciertas regiones del mundo por una dialéctica de corte religioso, excluyente y reivindicativa de causas ya laudadas por el consenso internacional, al menos el que se procesa dentro del formato institucional adoptado por la comunidad de pueblos y Estados desde la Carta de San Francisco en adelante.

A esto se agrega en el presente quiebres en la integridad territorial de algunos Estados mediante el uso de la fuerza y así se desatan sanciones económicas que ponen en riesgo elementos centrales del funcionamiento de los Estados como por ejemplo la provisión de recursos energéticos básicos.

13. Para concluir este enfoque: si bien en el plano teórico estas cuestiones no se relaciona directamente solamente con América Latina demandan de ésta, como una etapa de su proceso histórico, una actitud cooperativa y resuelta desde su identidad política y sobre todo desde su compromiso con los incanjeables e irrenunciables valores del occidente como civilización y cultura, al que pertenece nuestra región.

VII. Los grandes interrogantes y sus posibles respuestas

14. La primera gran cuestión es si existe realmente una visión latinoamericana del multilateralismo. Al amparo de esta interrogante permítaseme seguir trabajando con un método de aproximación progresiva a fin de arribar a una respuesta que en lo posible repose en un fundamento teórico-práctico sustentable; veámoslo a modo de respuestas tentativas sobre el multilateralismo.

A) El multilateralismo es “*per se*” una condición sine que non de la comunidad internacional organizada, a la vez que un camino decidido y avanzado en términos irreversibles. Nadie, sensatamente, podría plantear dejar de lado la Carta de Naciones Unidas y los Tratados de Viena en materia de tratados internacionales; nadie, tampoco, podría eliminar de un trazo las convenciones y tratados sobre derechos humanos; creo - es mi opinión personal-, que más allá de opiniones disidentes o insatisfechas nadie podría, tampoco, plantear formalmente la desaparición de la Unión Europea. La OEA, asediada en ocasiones más por su pasado que por su presente, sigue indemne respecto de formulaciones sustitutivas estables.

B) Aun admitiendo como meras hipótesis tales posibilidades, es evidente que no pasarían de ser tales, pues el activo institucional alcanzado muestra una estabilidad blindada desde el punto de vista jurídico, *v.gr.* el mecanismo de reforma de la Carta de Naciones Unidas, la Constitución de la Unión Europea, la Carta de Bogotá de la OEA y sus Protocolos e instrumentos de derechos humanos (Declaración Americana y Convención de San José).

C) Por cierto ninguno de estos rasgos bloquea las críticas en ocasiones muy duras, de los Estados Parte de estas organizaciones y acuerdos, en especial las dirigidas a los órganos jurisdiccionales llámese Corte Europea de Derechos Humanos o Corte Interamericana cuando sus fallos tocan materias reservadas en forma explícita a la soberanía de los Estados o afectan, aunque de un modo más opinable, principios o reglas rectores del respectivo orden constitucional como por ejemplo -y lo hemos vivido en Uruguay, mi país-, el principio de clemencia soberana como una facultad irrenunciable de los gobiernos democráticos en un Estado de derecho. Amnistía y paz, por una parte, y el derecho-deber de investigar el pasado, por la otra.

D) A manera de síntesis de lo antedicho podríamos decir que existe un “multilateralismo preexistente”, del tipo de la *hard law*, del que ningún Estado o grupo de Estados o región o sub-región o’ grupo humano o personas individuales podría apartarse sin que mediara un nuevo consenso fundacional que hoy no visualizamos, sin mengua, claro está, de la necesidad de reformas sustanciales algunas, por ejemplo, la integración del Consejo de seguridad y racionalización de la membresía permanente, facultades de la Asamblea General de Naciones Unidas; de formato otras como las relaciones entre ambos órganos por vía de la revisión del Reglamento de ambos.

E) En esta nómina corresponde incluir la OMC por lo que significa como acuerdo multilateral de reglas para el comercio internacional sin dejar de observar que se trata de un organismo que vive hoy una fuerte y extendida competencia de bilateralismo, producto en buena medida de su inercia y postergación -¿o fracaso?- de la Ronda de Doha.

VIII. Ampliemos nuestras preguntas

15. La pregunta mayor a responder sería si América Latina prioriza en la negociación externa la vía multilateral o si prefiere la bilateral, reconociendo esta última como la más conveniente en ciertas circunstancias (descartada la unilateral).

Este interrogante alcanza a los Estados, a las organizaciones latinoamericanas de integración, caso MERCOSUR, Alianza Pacífico u otras. En este sentido, es forzoso reconocer que el orden internacional

regional descansa en un consenso que hoy da prioridad a los derechos humanos y la democracia, en muchos casos con salvedades.

Así, y tocando los derechos económico-sociales, al influjo de la mundialización económica primero y de la globalización tecnológica más tarde, la economía de mercado se incorpora a ese consenso y el libre comercio se constituye en uno de los instrumentos preferidos en la inserción externa junto a una política de atracción y garantía de inversiones mediante convenios bilaterales de protección y leyes nacionales garantistas.

Este criterio en todo caso, tiene un alcance limitado dado que es principalmente Occidente su principal protagonista junto a otros Estados que en rigor lo asumen en términos básicamente operativos y de expansión de su escenario comercial internacional pero no como una definición de rango de política exterior.

16. Este enfoque lleva a algunos analistas a señalar que nos encontramos frente a nuevos “estándares de civilización” básicamente promovidos por Europa y Estados Unidos y desde éstos extendidos al resto de Occidente y de nuevas economías emergentes. Se llega así a hablar de una nueva “europeización”, aunque resulte difícil identificar este proceso solamente con Europa.

Acaso el problema más difícil de resolver sea alcanzar “estándares de convivencia” que no dividan el mundo entre países civilizados y los “otros”, los de la periferia, tanto en lo político como en lo económico.

17. Cuando volvemos sobre América Latina podemos observar que su tendencia al regionalismo es parte de su reacción frente a la sociedad global por sí “heterogénea” y compleja, en la que resulta muy difícil identificar valores comunes (por ejemplo, en materia de género, Occidente e Islam) y así contestar las demandas de una gobernanza internacional que se alienta pero no se alcanza. El regionalismo, con una fuerte base histórica que le da asidero y raigambre, constituye en cambio una respuesta en la que el principio de proximidad juega un papel fundamental por las seguridades resultantes del mejor conocimiento de los socios.

En este cuadro de situación se inserta mi examen de América Latina en su búsqueda de las seguridades que puede proveerle -dentro de las opciones posibles- el multilateralismo.

IX. Otros interrogantes sobrevinientes

18. La sociedad, cabe recordarlo aunque pueda parecer banal es dinámica y las soluciones son, por ello mismo, evolutivas. Cabría entonces plantearse:

A) ¿Pueden los organismos multilaterales actuales asumir el nuevo bipolarismo Occidente-Islam? Naturalmente, este tema tiene tal alcance que es tan riesgoso intentar definirlo como ignorar algunos, al menos, de sus

principales contenidos a los que no escapa la invocación de una *guerra religiosa* como pretexto legitimante de un terrorismo cruel y degradante.

B) El proyecto de creación de un Califato Siglo XXI, que ocupa por la fuerza una extensa parte del territorio de algunos Estados asiáticos e impone a su población condiciones absolutamente inhumanas desde una violencia homicida incompatible con la civilización contemporánea, ¿cómo lo puede abordar Naciones Unidas tratándose de un conflicto que desborda el marco de las controversias entre Estados para situarse en un ejercicio de expansionismo violento que no sabe de limitaciones humanitarias ni de aplicación de un sistema de justicia internacional? Admito que la pregunta es mucho más certera que la respuesta que ella podría sugerir, pero aun así sigo creyendo que el problema debe ocupar el primer lugar en la agenda del multilateralismo como fuente central de una acción ajustada a derecho.

C) ¿Cómo jugaran los mecanismos de tutela de los derechos humanos? Acaso la actuación *a posteriori* de la Corte Penal Internacional además de su función sancionatoria pueda lograr un efecto disuasivo aunque pareciera que la evidencia no permite ir en esto más allá de la esperanza misma. Interrogantes, pues, que estimo procedentes pero de difícil respuesta.

D) Si salimos del plano general y nos vamos al ámbito económico, constatamos que los espacios reservados al multilateralismo, por ejemplo el de la OMC, se ha convertido en uno de los factores determinantes del renacimiento del bilateralismo. Expertos en comercio internacional de distintos países confirman que la OMC sufre un proceso de descentralización que la aleja del modelo GATT y Rondas Tokio-Uruguay. Por otra parte y ya dentro de la región se formula igual afirmación a la que pareciera contestar la señora Presidenta de Brasil, licenciada Dilma Russeff al grupo Diarios menea, publicadas en diario uruguayo “El País” de fecha 21 de diciembre de 2014, donde tras afirmar que el MERCOSUR no es un bloque cerrado de países pues se han negociado múltiples acuerdos desde 1991, tanto en el marco de ALADI como fuera de ésta, señala que los Estados Miembros “no pueden negociar solos” (Yo agrego: Decisión 32/00 del Consejo MERCOSUR mediante, que obliga a los socios a negociar aranceles en forma conjunta).

La adopción y profundización de criterios de flexibilidad que habiliten a título de excepción la negociación bilateral sería al menos un remedio tal vez de valor transitorio pero bienvenido sobre todo por los socios menores, Una solución más radical implica revisar esa rigidez ciertamente difícil de armonizar con el sistema global de comercio que vive la sociedad contemporánea, por una parte, y la falta de una política comercial común de la región -ejemplo: MERCOSUR- en lo que toca a la región, por otra .

El escaso número de acuerdos y su falta de entidad, celebrados por el MERCOSUR en sus más de veinte años de existencia, confirma el carácter cerrado de sus soluciones en materia de inserción externa y un blindaje de la Unión Aduanera muy poco realista.

X. Una evaluación realista de la integración en América Latina

19. Me limitaré aquí a enumerar los factores a tomar en cuenta proponiéndome así dejar abierto el punto para una evaluación más detenida.

“Factores negativos”:

A) Una etapa de estancamiento de la integración regional en comercio e infraestructura, ferrocarril, conectividad en general.

B) Ausencia de políticas de Estado en materia de integración al punto de abandonar ciertas líneas o principios básicos de carácter institucional para ingresar en afinidades y alineamientos ideológicos que no se compatibilizan con un auténtico proceso de integración, anclándose en un “discurso retórico”, que acaba desvalorizando el modelo de la integración al tratar de ponerla al servicio de regímenes políticos populistas.

C) El efecto del esquema intergubernamental que por una parte coloca en manos de cada uno de los Estados la creación y cumplimiento efectivo del compromiso integracionista y por cierto de voluntad política de darle impulso.

D) La desconfianza acerca del sistema de solución de los conflictos insuficientemente imperativo lo que actúa como un desestímulo para los agentes económicos.

“Fortalezas”:

A) A nivel regional la mayor fortaleza, a mi juicio, radica en la sujeción a un sistema jurídico previsible y conocido, acompañado de fórmulas de solución de controversias que aun siendo imperfectas permiten obtener soluciones garantistas por la vía jurisdiccional judicial o del arbitraje institucional o *ad-hoc*.

B) La presentación de candidatos de países de América Latina al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas reafirma el compromiso con el pilar político global y presupone una coincidencia mayor.

C) En lo regional, los mecanismos de integración de América Latina se encuentran ante nuevos desafíos, como la eventual convergencia Alianza Pacífico-MERCOSUR así como la Alianza Transpacífico y Transatlántico que podrían suponer la revisión del liderazgo actual y los cambios que se están gestando en zonas que han recuperado su influencia con Estados -como China e India-protagonistas centrales en el escenario económico mundial

D) La continuación de las negociaciones con la Unión Europea como un paso fundamental aunque debemos reconocer que los problemas que hoy vive Europa frente a este avance terrorista de fachada islámica traslada a él su atención de un modo dominante. En este último caso, la solidaridad y el pilar político de la defensa de la libertad cobran especial relieve respecto del pilar comercial y se convierten a mi juicio en prioridad central.

E) Por último, los más agudos críticos de la integración la identifican como un mecanismo de respuesta a la globalización y al menos en este sentido

puede rescatarse desde la visión de unos y de otros el papel que América Latina está llamada a cumplir en la comunidad internacional actual. El multilateralismo comercial, con su dimensión privada, está llamado a ocupar un papel central en la nueva sociedad y en esta suerte de privatización de la comunidad internacional de los Estados nación, habrá que imaginar formas institucionales capaces de reflejarlo sin que ello importe el abandono del concepto del Estado por su poder final de coercibilidad.

XI. Reflexiones finales

1. El multilateralismo es un activo del mundo organizado y hasta podríamos afirmar que a él le deben su garantía la paz, la seguridad, los derechos humanos, por citar solo algunos de los temas centrales a su cargo.
2. Ningún Estado ni ninguna organización internacional podría ignorarlo, sea para sostenerlo y perfeccionarlo, sea para ir contra él. Y aún, inclusive en este último vaso, desde fuerzas liberticidas que procuran la ruptura del “patrón de legitimidad”⁷.
3. Globalización, gobernanza y gobernabilidad configuran sendas caracterizaciones que el multilateralismo institucional tendrá que abordar desde los instrumentos de que dispone y los que puedan surgir de una necesaria reforma institucional cada día más inaplazable e imperiosa.
4. Pensamos con Giddens que el multilateralismo es la gobernanza por medio de la “consulta” y la “persuasión” (el autor lo expresa respecto de la Unión Europea pero podemos extenderlo). Se trata, a nuestro juicio no solamente de un capital del pasado sino del futuro cuando muchas y dramáticas son las crueles agresiones del terrorismo y otros flagelos que sufre la humanidad en su conjunto, cualquiera sea su signo o invocación.
5. Desde esta perspectiva afirmamos que el multilateralismo global es *per se* una condición *sine qua non* de la comunidad internacional a partir de la cual y desde la legitimidad de las instituciones globales, podrán tener cabida otros niveles de concertación como, por ejemplo, el regionalismo, la integración y el propio bilateralismo.
6. Preferimos imaginar una construcción institucional sólida y equitativa, no excluyente ni monopólica, con unidades acaso descentralizadas, siempre relacionadas entre sí sobre el pilar de la complementariedad pues cuando ésta no se produce entonces nacen reacciones de exclusión o competitividad absolutamente impropias frente a la crisis de seguridad colectiva e individual que abarca hoy en ciertos casos también a los propios Estados.

⁷ Ver G. FONSECA JR. / C. BENONI BELLI, “Gobernabilidad internacional - Apuntes para un análisis sobre el (Des)Orden Internacional”, *Estudios Internacionales*, vol. 1, año 3, 2004, esp. pp. 16-23, que apoya todo el sistema internacional.

7. Estas afirmaciones no ignoran las fallas de las soluciones multilaterales que por cierto no son privativas de las organizaciones internacionales mundiales o regionales; por lo contrario, vistas en un cuadro amplio de las relaciones internacionales deberían considerarse el tiempo transcurrido y asumirlo como un incentivo con base en la experiencia para insistir en un proceso que requiere de cambios profundos y nuevos consensos que por cierto no son los mismos de la etapa fundacional *post* segunda guerra mundial.

8. América Latina tiene desafíos propios y la mejor manera de contribuir a la comunidad internacional es unificar criterios geo-comerciales y unir fuerzas del tipo MERCOSUR- Alianza Pacifico, sin rendir tributo a esquemas geopolíticos de espacios oceánicos -Pacífico y Atlántico-, como dominio de algunos Estados, lo cual resulta a mi juicio insostenible y reduccionista en un esquema de globalización que nos convoca a insertarnos como pueblos maduros y Estados modernos organizados que al tiempo que reconozca las diferencias y la diversidad de expectativas, con el objetivo mayor de recuperar la atención de los pueblos y el compromiso, al menos en lo esencial, de los gobiernos.

9. Son muchos y gravitantes los expertos que piden una reforma de la OMC que la saque de su paralización. Son también muchos los que reclama a las Naciones Unidas una reforma orgánica y la atención prioritaria en su agenda de los nuevos problemas que afectan la paz y seguridad de los seres humanos y su mayor derecho: el derecho a la vida en libertad.

Montevideo, 12 enero de 2015.

P.D.: la fecha precedente corresponde al día en que concluí este texto. En el presente puede decirse sin exageración que la situación del multilateralismo se vuelve día a día más compleja. De ahí que hayamos entendido que sería positivo que nuestra ASADIP mirara en perspectiva el ámbito en el que actúa y vive. Y de ahí, por cierto, la intención que anima a esta contribución.

Montevideo, 10 de setiembre de 2016.

La Organización de los Estados Americanos, la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho internacional

Dante Mauricio NEGRO ALVARADO*

Sumario: I. Introducción. II. La OEA como organismo político e intergubernamental. III. La acción política e inter-gubernamental de la OEA dentro del marco de los principios consagrados en su Carta Constitutiva. IV. El fiel cumplimiento de las obligaciones internacionales como principio fundamental en la Carta de la OEA y las fuentes de las que emanan dichas obligaciones. V. La OEA como foro de codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional: la Declaración de Panamá de 1996. VI. La OEA y la codificación del Derecho internacional. VII. La OEA y el desarrollo progresivo del Derecho internacional: el valor jurídico de las Resoluciones de la Asamblea General. VIII. Las diversas circunstancias que rodean el proceso de adopción de las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA y sus posibles efectos jurídicos. IX. A manera de conclusión.

I. Introducción¹

La Organización de los Estados Americanos (OEA), el organismo regional más antiguo del mundo que actualmente existe ha generado a lo largo de muchas décadas importantes contribuciones a la codificación del derecho internacional general, tanto público como privado, por medio de tratados y convenciones interamericanas. Si bien en lo que va del s. XXI dicha labor ha sufrido una cierta parálisis, los aportes de la Organización al desarrollo

* Dante M. Negro Alvarado trabaja en la Organización de los Estados Americanos desde 1995 y desde 2006 ha ejercido como Director del Departamento de Derecho Internacional y de la Secretaría Técnica del Comité Jurídico Interamericano.

¹ Las ideas expresadas por el autor en este trabajo son de su exclusiva responsabilidad y para nada comprometen a la Organización en la que trabaja. El presente artículo es una actualización y una ampliación de un trabajo publicado en 2019: D. NEGRO, “El desarrollo progresivo del Derecho internacional: desafíos y posibilidades para la Organización de los Estados Americanos”, *Curso de Derecho Internacional*, vol. XLVI, Comité Jurídico Interamericano, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., 2019, p. 29-78.

progresivo del derecho internacional, a través de instrumentos de *soft law*, han sido muy significativos. En el centro de esta labor se ubica la Asamblea General de la OEA, órgano supremo de la Organización, mediante la aprobación anual de resoluciones y declaraciones relativas a temas de gran interés para la región. Dos factores son los llamados a asegurar que esta labor sea útil para un desarrollo progresivo efectivo: la calidad de los estándares y parámetros que se incluyan en dichas resoluciones, y las circunstancias en las cuales han de adoptarse, particularmente, a través del uso del consenso.

En las próximas páginas abordaremos estos temas. En primer lugar, analizaremos los principios en los cuales se funda la OEA como organismo regional, sobre todo aquellos referidos al derecho internacional. Dichos principios cumplen una doble función: por un lado, establecen los parámetros para el funcionamiento de una organización que se caracteriza principalmente por ser una entidad política e inter-gubernamental y, por otro lado, reconocen expresamente que una de las funciones principales de dicha entidad es la codificación y el desarrollo progresivo de las normas que regirán las relaciones entre sus propios Estados miembros.

Las Convenciones no son la única fuente de la cual derivan estas normas. La propia Carta de la OEA establece como uno de sus principios fundamentales el fiel cumplimiento de las obligaciones que emanan de las fuentes del derecho internacional que incluyen, entre otras, a la costumbre internacional. La manera como se adoptan las resoluciones de la Asamblea General, así como su contenido sustancial, y el eventual efecto cristizador de normas generales consuetudinarias a partir de las mismas, nos obliga a prestar una cuidadosa atención a dichos actos internacionales cuyos alcances y su importancia a nivel regional han sido poco analizados. La naturaleza atípica de estas resoluciones, así como su variada eficacia no impiden que bajo ciertas circunstancias dichos actos puedan llegar a contener una opinión *juris* que facilite la generación de normas consuetudinarias, las que a su vez podrían suplir los grandes vacíos que se vienen produciendo debido a la desaceleración del proceso de codificación en la región. En el presente trabajo analizaremos dichas circunstancias, y determinaremos qué ocurre en los diversos supuestos en que los Estados miembros llegan a adoptar estos instrumentos por consenso, votan en contra, se abstienen o simplemente se ausentan del proceso negociador.

Adicionalmente, existe otro tipo de *soft law* que se ha venido generando principalmente en el marco de la actividad de otro Órgano de la OEA, a saber, el Comité Jurídico Interamericano (CJI), a través de la generación de Leyes Modelo, Guías Legislativas, Principios, Recomendaciones, entre otros. Lamentablemente en esta oportunidad, dada la extensión de esta materia, no

podremos abordar directamente la labor del CJI en este trabajo el cual ha sido materia de otra publicación².

II. La OEA como organismo político e intergubernamental

Aunque sus orígenes se remontan a 1889³ la OEA, tal como la conocemos hoy en día, fue creada en 1948 con la adopción de su Carta Constitutiva, conocida como “Carta de la Organización de los Estados Americanos”⁴. Esta Carta ha sido modificada desde entonces en cuatro oportunidades distintas a través de importantes Protocolos de Reforma⁵ que tuvieron como objetivo adecuar la Organización a los nuevos retos y realidades que se fueron generando con el transcurrir de los años. El texto consolidado de la Carta que incorpora las modificaciones contenidas en las cuatro enmiendas es el que se utiliza en la actualidad y contiene las normas que rigen el funcionamiento de la Organización, su estructura y los principios en los cuales se basa. Además de estas normas, la OEA como organización internacional se rige también por las normas del derecho internacional que se aplican a todos los organismos internacionales.

Una característica importante de la OEA que define y explica en gran medida los alcances y límites de su ámbito de actuación es que se trata de un organismo internacional de carácter intergubernamental, no supranacional. Esto quiere decir, entre otras cosas, que la OEA no posee las características de una organización de integración en la que, por ejemplo, los Estados miembros transfieren competencias tradicionalmente reservadas al ámbito exclusivo de su poder soberano. En efecto, las decisiones que se adoptan en

² D. NEGRO, “Redefiniendo el rol de las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIPs),” en: *130 Aniversario de los Tratados de Montevideo de 1889*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2019, pp. 717-740.

³ Como afirma Arrighi, la OEA es “un eslabón de una larga cadena de instituciones interamericanas que se van constituyendo a partir de la Primera Conferencia Internacional Americana que se realizara en Washington, D.C., en 1889 y diera nacimiento al Sistema Interamericano”. J. M. ARRIGHI, *La OEA y el Derecho Internacional*, México, Editorial Porrúa, 2015, p. xxi.

⁴ La Carta de la OEA fue adoptada el 30 de abril de 1948 en Bogotá, Colombia, en la Novena Conferencia Internacional Americana y entró en vigor el 13 de diciembre de 1951.

⁵ Protocolo de Buenos Aires adoptado el 27 de febrero de 1967 en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria y en vigor desde el 27 de febrero de 1970; Protocolo de Cartagena de Indias, adoptado el 5 de diciembre de 1985 en el décimo cuarto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General y en vigor desde el 16 de noviembre de 1988; Protocolo de Washington, D.C., adoptado el 14 de diciembre de 1992, en el décimo sexto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General y en vigor desde el 25 de septiembre de 1997; y, Protocolo de Managua, adoptado el 10 de junio de 1993 en el décimo noveno período extraordinario de sesiones de la Asamblea General y en vigor desde el 29 de enero de 1996.

el marco de la OEA no tienen *per se* aplicación directa o inmediata en los ordenamientos internos de los países que la integran como podría ser el caso de los reglamentos y, en alguna medida, de las directivas adoptadas en el marco de la Unión Europea.

Además, al ser intergubernamental, es decir, al estar compuesta por Estados, la OEA es un ente de carácter político, y consecuentemente las decisiones que adopta tienen en principio el mismo carácter. Por ello, la OEA es la caja de resonancia de los sistemas y tendencias políticas de la región existentes en un momento determinado, los que pueden ir transformándose paulatinamente y determinando tanto el curso de acción del organismo, como la naturaleza y el contenido de sus decisiones.

Estos son los dos elementos que, a nuestro juicio, definen a la OEA de forma particular dentro del mundo de los organismos internacionales y que nos permite entender a cabalidad el verdadero rol que tiene para la región: su carácter no supranacional y su naturaleza político-intergubernamental. No obstante esto, la actuación de los Estados miembros en el seno del organismo se tiene que ceñir a un sistema jurídico de normas que aunque mismos ha sido definido y aceptado por dichos Estados voluntariamente en virtud de su soberanía estatal, tiene un carácter vinculante. En la base misma de ese sistema jurídico, definido para el caso de la OEA en su Carta Constitutiva, encontramos los principios que determinan la esencia de la Organización. Si no conocemos ni entendemos estos principios, no será posible comprender dicho sistema, ni operar dentro del mismo, dado el valor jurídico fundamental que poseen. A continuación, haremos una revisión del contenido de dichos principios para después concentrarnos en aquellos que tienen una estrecha relación con el Derecho internacional, sistema que rige las relaciones entre sus Estados miembros.

III. La acción política e inter-gubernamental de la OEA dentro del marco de los principios consagrados en su Carta Constitutiva

Los principios consagrados en la Carta de la OEA, sobre todo aquellos que tienen relación con el derecho internacional, tienen una doble función: determinar los límites del accionar político de la Organización como ente intergubernamental, y definir sus atribuciones como entidad codificadora y de desarrollo progresivo el derecho internacional. Como señalamos anteriormente, la OEA es un organismo intergubernamental de naturaleza política pero esta característica está condicionada y sometida a una serie de principios que fueron adoptados voluntariamente por aquellos Estados que se han hecho parte de la Organización mediante la ratificación de su Carta Constitutiva.

El artículo 3 de la Carta de la OEA establece y desarrolla los principios básicos de la Organización, los cuales podemos agrupar en cinco categorías diferenciadas relativas al derecho internacional, la democracia, los derechos humanos, la seguridad multidimensional y el desarrollo integral.

Todos estos principios, a pesar de los años transcurridos desde la adopción de la Carta en 1948, siguen vigentes para el organismo regional y deben considerarse los principales referentes para su actuación. Si bien en el lenguaje actual de la Organización se hace referencia constante a “los pilares de la OEA”, dicho concepto fue acuñado décadas después como un esfuerzo por actualizar las prioridades del organismo dentro del inmenso universo de temas que fue incorporando en su agenda de trabajo en el transcurso de los años. En efecto, el señor José Miguel Insulza, en su discurso de toma de posesión como Secretario General de la Organización ante el Consejo Permanente, el 26 de mayo de 2005, se refirió a cuatro temas que posteriormente pasarían a ser considerados como estos “cuatro pilares”: democracia y gobernabilidad, derechos humanos, desarrollo integral y seguridad hemisférica (incluyendo además como quinto elemento la relación entre el sistema global y el sistema regional)⁶. Sin embargo, el concepto de los “cuatro pilares” no tiene un fundamento jurídico en la Carta de la OEA y no podría en ningún caso suplantar a los principios contenidos en el artículo 3 de dicho instrumento jurídico. Es más, estos cuatro pilares tienen una estrecha correspondencia con los principios de la Organización, aunque con una excepción importante: se excluyen aquellos referidos al derecho internacional y al fiel cumplimiento de las obligaciones internacionales⁷. Estos dos principios, sin embargo, son esenciales para el funcionamiento de cualquier organismo internacional que tiene por vocación operar dentro de un marco de derecho. Dicha lamentable ausencia se debe enmendar a través de un ejercicio de revalorización del estudio de los principios en que se basa la OEA en general, y de los principios referidos al Derecho internacional en particular, algo que intentaremos hacer en el presente trabajo.

Con estos antecedentes y reflexiones pasaremos ahora a analizar los principios referidos al rol del Derecho internacional en el marco de la Organización. Podemos sostener que ningún otro grupo de principios está más orientado a definir la adecuada actuación política e intergubernamental

⁶ J. M. INSULZA, *Discursos y Conferencias 2005-2006*, Washington, D.C., Organización de los Estados Americanos, pp.. 4-8.

⁷ Asimismo, creemos que, aunque el tema de la solución de las controversias es un tema que podría quedar incluido en la temática más general de la seguridad multidimensional, dadas sus características específicas podría merecer un tratamiento aparte. En efecto, si bien este ha sido un asunto de interés recurrente desde los orígenes de la Organización, las nuevas modalidades que adoptan hoy en día las controversias que pueden surgir entre los Estados miembros y que ya no están limitadas al mero uso de la fuerza, hacen imprescindible un análisis distinto y específico de esta temática, sobre el que intentaremos volver en un trabajo futuro.

de esta entidad. En este análisis, volveremos también la mirada hacia los grandes aportes que realizó la OEA al sistema regional y universal en el ámbito de la codificación, pero con una óptica renovada que nos permita mirar hacia el futuro y tener en cuenta los nuevos desafíos por enfrentar.

IV. El fiel cumplimiento de las obligaciones internacionales como principio fundamental en la Carta de la OEA y las fuentes de las que emanan dichas obligaciones

Entre los principios más esenciales que rigen a la OEA están los que enuncian que “el derecho internacional es norma de conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas, y establecen que el orden internacional está esencialmente constituido” (...) “por el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional”. Estos dos principios están en la base misma del sistema pues sin su existencia ningún otro principio tendría efectividad. Sin ellos, no podríamos contar con el fundamento último para la implementación y fiel cumplimiento de todas las demás obligaciones consagradas en el sistema. Aún más, ningún otro principio o norma jurídica relativos a la democracia, los Derechos Humanos, la seguridad hemisférica o el desarrollo integral, tan importantes para la Organización, serían vinculantes sin una referencia al Derecho internacional como norma de conducta y al fiel cumplimiento de las normas emanadas de dicho cuerpo normativo.

Así pues, el primero de estos principios establece que el Derecho internacional es norma de conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas. Pero ¿qué es el Derecho internacional? O quizás una pregunta más adecuada sería: ¿cuáles son las fuentes de las que válidamente emanan las normas del derecho internacional? El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que la Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar las fuentes que se detallan en dicho artículo. Al establecer que su función es decidir “conforme al Derecho internacional”, y después detallar las fuentes de las que emana ese Derecho internacional, dicho artículo parece ofrecer una lista taxativa de fuentes de las que derivan las normas internacionales⁸. Pero algunos tratadistas han visto en la redacción del artículo 38 del Estatuto de la Corte una referencia únicamente al derecho internacional que dicho Tribunal debe aplicar “al decidir las controversias que

⁸ Así lo establece Sorensen cuando afirma que toda nueva fuente imaginable se encuentra contemplada indirectamente en la enumeración del artículo 38 y es simplemente producto del derecho que emana de las fuentes que se mencionan en esa relación. M. SORENSEN (Ed.), *Manual de Derecho internacional público*. México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 2017, p. 154.

le sean sometidas”, lo que no excluye la posibilidad de que existan, para otros efectos y propósitos, otras fuentes del Derecho internacional⁹. No vamos a entrar en esta discusión por exceder los propósitos de este trabajo. Pero debemos rescatar estas reflexiones para entender por un lado que el Derecho internacional que se proclama como norma de conducta de los Estados miembros de la OEA en sus relaciones recíprocas no es únicamente el compuesto por las convenciones internacionales como frecuentemente se entiende, sino que también incluye otras fuentes como la costumbre internacional. Por otro lado, también deberíamos considerar la eventual existencia de otras fuentes que no están expresamente enunciadas en el Estatuto de la Corte.

Pocas veces se invoca la costumbre en el foro regional, pero olvidamos que una gran cantidad de normas internacionales que están llamadas a regular la conducta de los Estados, incluidos los Estados miembros de la OEA, no han de provenir de los tratados sino del derecho consuetudinario¹⁰. Basta con observar la relativamente escasa cantidad de materias que las Convenciones interamericanas cubren (*vis-a-vis* la gran cantidad de áreas aún por tratar) y además el número de Estados (en algunos casos en una proporción muy baja) que han ratificado las mismas. De allí la importancia de rescatar el debate jurídico sobre el papel de la costumbre como fuente de Derecho internacional en la regulación de la conducta de los Estados, especialmente en el seno de la OEA. De la mayor importancia es determinar también los efectos que se pueden producir de la interacción de la costumbre internacional con otra fuente no mencionada en el artículo 38 de la Corte Internacional de Justicia, a saber, los actos de las organizaciones internacionales. Dicha interacción, como veremos, podría tener una relevancia particular para la OEA como organismo internacional.

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia también se refiere a los principios generales de derecho como fuente del derecho internacional y a las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho. Estas últimas se

⁹ En efecto, Rodríguez Carrión señala que el artículo 38 en su propia literalidad no pretende una relación exhaustiva de las fuentes formales del derecho internacional, sino sólo servir de guía a la Corte en su función jurisdiccional. A. RODRÍGUEZ CARRIÓN, *Lecciones de Derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 161. En esa misma línea de ideas se pronuncia Barboza cuando señala que el artículo 38 no agota la enumeración de fuentes formales en el derecho internacional actual si se considera que las fuentes del derecho no se limitan a las que crean normas universales. J. BARBOZA, *Derecho internacional público*, Buenos Aires: Zavalia, 2018, p. 89.

¹⁰ Tanto es así que en 2024 el Comité Jurídico Interamericano finalizó un importante informe sobre el derecho consuetudinario: COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, *Informe final sobre Derecho internacional consuetudinario particular en el contexto del continente americano*, [CJI/doc.719/24], 2024.

definen como “medio auxiliar” y precisamente por ello muchos tratadistas entienden que no tienen la misma jerarquía que las fuentes principales (a saber, las convenciones, la costumbre y los principios generales) y que no pueden crear *per se* normas de Derecho internacional. Su función estaría limitada a la determinación de la existencia de las normas que provienen de las fuentes principales¹¹. Dicha función cobra particular utilidad con relación a la determinación de la existencia de las normas consuetudinarias y los principios generales de derecho, cuya existencia es más difícil de probar dado que muchas veces no están aún reflejados en un texto escrito como podría ser un tratado o una convención específica¹².

Entonces, cuando la Carta de la OEA establece que el Derecho internacional es norma de conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas, debemos entender que se refiere al Derecho internacional compuesto por todas las normas convencionales y consuetudinarias y a los principios generales que los Estados han aceptado para regir dichas relaciones. Por otro lado, cuando señala que el orden internacional está esencialmente constituido por el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y de “otras fuentes del derecho internacional”, está reconociendo expresamente el deber de dichos Estados de honrar las obligaciones contenidas en las normas internacionales que se derivan de todas esas fuentes y no sólo las que derivan de las Convenciones interamericanas.

Así pues, desde la perspectiva del cumplimiento del Derecho internacional, tratados, costumbre y principios generales son fuentes válidas de las cuales derivan obligaciones para los Estados miembros de la OEA estableciendo límites claros a su actuación política como ente intergubernamental. No debemos olvidar, sin embargo, que dichas

¹¹ Sobre el particular Viirally señala que no son fuentes o modos de formación del derecho, sino medios de conocer lo que es el derecho, para ser utilizados en caso de necesidad, como medios auxiliares de conocimiento. M. VIRALLY, *El devenir del derecho internacional. Ensayos Escritos al Correr de los Años*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 168. En igual línea de ideas opina Vargas Carreño cuando señala que las decisiones judiciales y la doctrina, al asignárseles la función de medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho no tienen por sí solas un valor propio, ni siquiera subsidiario con respecto a las fuentes autónomas. E. VARGAS CARREÑO, *Derecho internacional público*, Santiago de Chile, El Jurista, 2022, pp. 81-82.

¹² Adicionalmente debemos añadir que el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no distingue entre decisiones judiciales internacionales o internas, excluyendo así una supuesta jerarquía entre los órganos que dictan unas y otras, como algunos pretenden sostener. Este debate es muy interesante, sobre todo con relación a la validez o no del principio del control convencional utilizado por algunos juristas en el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos. Este tema lo desarrollamos con amplitud en un trabajo publicado recientemente: D. NEGRO, “El principio del control convencional: Retos y desafíos en el marco del Derecho internacional general”, en: Vives, F. P. / González Serrano, A. (Eds.), *Control de convencionalidad. Perspectivas Latinoamericanas*, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, 2021, pp. 37-114.

obligaciones surgen de la propia voluntad soberana de los Estados a través de un proceso de codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional. Por ello es importante analizar cómo se llevan adelante estos procesos y, principalmente, determinar si todas las obligaciones han de surgir eventualmente de manera directa de las fuentes anteriormente referidas o si pueden llegar a existir procesos adicionales de generación de obligaciones propios en el seno de la Organización.

V. La OEA como foro de codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional: la Declaración de Panamá de 1996

La OEA, además de ser un organismo intergubernamental en el que se genera un espacio de discusión política, es por excelencia un foro codificador y de desarrollo progresivo del Derecho internacional.

Esta función queda de manifiesto en una de las declaraciones más importantes que la Asamblea General de la OEA (Órgano supremo de la Organización) aprobó en esta materia, a saber, la “Declaración de Panamá sobre la Contribución Interamericana al Desarrollo y Codificación del Derecho Internacional”¹³, aprobada en 1996.

En dicha Declaración se señala que la OEA es el “principal e insustituible foro” donde los Estados miembros “en igualdad de condiciones “adoptan normas jurídicas, tanto de Derecho internacional público como de Derecho internacional privado¹⁴ para regular sus relaciones a nivel hemisférico. En esa misma línea de ideas, la Asamblea General declaró que la OEA es el foro más adecuado para la elaboración, negociación y adopción de las normas jurídicas interamericanas. Más recientemente, el Comité Jurídico Interamericano, en ocasión de la conmemoración de su 100 período ordinario de sesiones celebrado en 2022, declaró asimismo su pleno convencimiento de que la OEA constituye el principal, insustituible y más adecuado foro donde los Estados miembros de la región, en igualdad de condiciones, elaboran, negocian y adoptan normas jurídicas comunes en la

¹³ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Asamblea General. Declaración de Panamá sobre la contribución interamericana al desarrollo y codificación del Derecho internacional*, [OEA/Ser.P/XXVI-O.2], 1996, vol. 1, p. 6.

¹⁴ La Asamblea General, en el documento citado, declaró su convicción de que es necesario profundizar, con miras a la creciente integración de nuestros países, el desarrollo del derecho internacional privado, así como los procesos de armonización de legislaciones nacionales. Sin embargo, en este artículo no nos ocuparemos específicamente del derecho internacional privado. Sobre esta materia referirse a D. NEGRO (nota 2).

esfera del Derecho internacional público y del Derecho internacional privado, con las cuales regulan sus relaciones a nivel hemisférico¹⁵.

Sobre este particular debemos resaltar varios puntos. A lo largo de las últimas décadas, mucho se ha discutido sobre el futuro de la OEA y de la posibilidad de que otros organismos de naturaleza regional pudieran llegar a sustituirla. A lo largo de esos años hemos visto como numerosas organizaciones y mecanismos fueron creados y luego desaparecieron, pero después de más de 75 años de existencia, tanto la OEA como su legado jurídico siguen estando vigentes.

Por otra parte, y particularmente en el marco del Derecho internacional privado (DIPr), también se ha puesto en duda la necesidad de que la OEA siga trabajando en la codificación y el desarrollo progresivo de esta rama del derecho en atención a la labor que otros organismos de carácter universal vienen desarrollando. Sin embargo, la más reciente resolución de la Asamblea General de la OEA sobre DIPr echa luces sobre esta discusión¹⁶. En efecto, a través de dicha resolución el órgano político reconoce claramente no sólo la necesidad sino también la utilidad de que la región siga contribuyendo de manera decidida y concreta en los procesos de codificación universales con sus propias visiones, posiciones e intereses, los cuales no necesariamente han de coincidir con los de otras regiones¹⁷. Este posicionamiento político hace además eco de posturas académicas reiteradas en diversas ocasiones y en diferentes foros, destacándose el que se realizó el 18 de diciembre de 2003, a través de la Declaración de Córdoba, aprobada por un grupo de profesores de la región. En dicho documento se afirmó que la codificación internacional del DIPE a escala regional continúa siendo necesaria en términos jurídicos y políticos y que la OEA sigue siendo el foro

¹⁵ COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, *Declaración del Comité Jurídico Interamericano sobre el Derecho internacional con ocasión de su centésimo período ordinario de sesiones*, [OEA/Ser.Q, CJI/DEC.02 (C-O/22)], 2022.

¹⁶ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Asamblea General. Derecho Internacional, [OEA/Ser.P, AG/doc.5871/24], 2024, p. 171-184.

¹⁷ Nosotros hemos sostenido reiteradamente la importancia y las ventajas de que ciertas materias sean negociadas en el ámbito regional ya sea como un proceso útil de manera exclusiva para los Estados americanos o como una etapa previa al proceso negociador universal. En ambos casos, el proceso regional se verá siempre facilitado por la mayor y más amplia mancomunidad de características e intereses propios de los países americanos. Maekel siempre sostuvo el criterio favorable a la codificación reducida a un determinado ámbito geográfico. Señalaba que, por un lado, el menor número de Estados que negocia un tratado resulta un factor coadyuvante para su posterior adopción y ratificación y, por el otro, que la homogeneidad conceptual, la tradición jurídica común en la mayoría de los países del continente, así como los requerimientos más reducidos frente a las exigencias universales, garantizaban a la larga el mismo resultado. T. MAEKELT, *Teoría general del Derecho internacional privado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, p. 117.

adecuado para seguir desarrollando el proceso de codificación del derecho internacional privado en América¹⁸.

Otro aspecto de la mayor importancia a destacar en la Declaración de Panamá es que, cuando se hace referencia al concepto de “en igualdad de condiciones”, esto se traduce en que, en el marco de esta Organización, los Estados efectivamente participan sobre la base de dicha igualdad. En efecto, a diferencia de otros organismos internacionales en los que algunos de sus Órganos están compuestos sólo por un número limitado de Estados miembros (que son los que además votan y toman las decisiones), o en los que los Estados poseen más votos en función a su aporte financiero, o en los que existe un derecho de veto por parte de un grupo reducido de ellos, en la OEA todos los Órganos políticos están conformados por todos sus Estados miembros y todos sin excepción tienen derecho a un voto y solo un voto, independientemente de sus características específicas (tamaño, población, etc.), o de su contribución financiera a la Organización.

Todo lo anterior ha permitido la constitución de un rico patrimonio jurídico regional – en todo el sentido de la palabra - que ha representado una valiosa contribución de la OEA a la consolidación de un orden internacional pacífico, justo e igualitario. La propia declaración destaca asimismo que el aporte del sistema jurídico interamericano a la formación de importantes principios del Derecho internacional general ha sido, en efecto, reconocido en el plano universal. En ese sentido, por ejemplo, podemos destacar la elaboración de normas interamericanas en materia de protección de los Derechos Humanos (así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre adoptada el 2 de mayo de 1948 precede a la propia Declaración Universal que fue adoptada meses después en diciembre de ese año); el principio de no intervención (consagrado en la propia Carta de la OEA); el establecimiento de procedimientos para la solución pacífica de controversias; la elaboración de principios sobre el derecho de asilo; los aportes al desarrollo progresivo del derecho del mar; el fortalecimiento de la cooperación judicial; la codificación y el desarrollo del Derecho internacional privado; la creación de instituciones para el financiamiento; y, la promoción del derecho económico y social, entre muchas otras contribuciones. Podríamos escribir páginas y páginas sobre estos logros que, aunque pertenecen al pasado, siguen teniendo un impacto actual en el derecho internacional general.

Por todo ello, el Órgano supremo de la Organización subrayó, con ocasión de la aprobación de la Declaración de 1996, que el desarrollo jurídico interamericano era una tarea prioritaria que debía ser vigorizada a favor de la paz, la democracia, el desarrollo, la integración económica y la justicia social.

¹⁸ Declaración de Córdoba, disponible en: <http://scm.oas.org/pdfs/2004/CP12294S.pdf> (recuperada en 14 de junio de 2024).

La Asamblea General también indicó que se hacía necesario reiterar todo el apoyo de los Estados miembros a la codificación y al desarrollo progresivo del derecho internacional, a su difusión en el marco de la OEA, y a los medios que permitan la mayor cooperación jurídica interamericana, declarando su más firme y renovado compromiso de continuar impulsando el desarrollo progresivo y la codificación del Derecho internacional interamericano en el marco de la OEA como medio idóneo para afianzar las relaciones de paz y solidaridad entre los Estados americanos, con pleno respeto a su soberanía y al principio de no intervención.

Por otro lado, la Declaración señala que los retos y desafíos que se enfrentan en la actualidad requieren no sólo el desarrollo del derecho internacional a través de los tratados internacionales, sino también la adecuación de las legislaciones nacionales a los acuerdos internacionales vigentes para cada Estado. En efecto, cada vez más se ha puesto de relieve la importancia y la necesidad de que las legislaciones internas reflejen los compromisos que los Estados adquieren a nivel internacional. En dicho esfuerzo, la Organización ha venido generando un rico conjunto de estándares y referentes, conocidos como *soft law*, a través de Leyes Modelo, Guías Legislativas, Principios, entre otros, los cuales han promovido y facilitado una gran armonización de las legislaciones internas de los países de la región.

En resumen, la Declaración de Panamá pone de relieve el rol central que tiene la Organización de los Estados Americanos tanto en la codificación como en el desarrollo progresivo del Derecho internacional, en tanto foro principal e insustituible en la región para el cumplimiento de dicha labor.

Tan importante fue esta Declaración que la Asamblea General de la OEA adoptó al año siguiente el Programa Interamericano para el Desarrollo del Derecho Internacional¹⁹ con el objetivo de implementar, a través de acciones concretas encargadas al Departamento de Derecho internacional de la Organización, los postulados contenidos en dicho instrumento. Fue tanto el éxito de este Programa que en 2011 la Asamblea General decidió actualizarlo a la luz de los objetivos logrados y las nuevas realidades del continente.²⁰

¹⁹ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Asamblea General, *Programa Interamericano para el desarrollo del Derecho internacional*, [OEA/Ser.P/XXVII-O.2], 1997, vol. 1, p. 53.

²⁰ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Asamblea General, *Programa Interamericano para el desarrollo del Derecho internacional*, [OEA/Ser.P/XLI-O.2], 2011, vol. 1, p. 188. El Programa interamericano para el desarrollo del Derecho internacional de 1997 y actualizado en 2011 busca implementar la Declaración de Panamá a través de acciones concretas en 5 áreas específicas: tratados en el ámbito interamericano; desarrollo jurídico a nivel de los Órganos de la OEA; enseñanza del Derecho internacional interamericano; difusión; y, cooperación para el desarrollo, difusión y enseñanza del Derecho internacional en el hemisferio.

VI. La OEA y la codificación del Derecho internacional

En la sección anterior hemos visto como los Estados miembros de la OEA han expresado la importancia que le otorgan a la codificación del Derecho internacional en el marco de la Organización. En los años más recientes, sin embargo, no se ha alcanzado el mismo nivel de generación de convenciones interamericanas en comparación con décadas anteriores. Sin embargo, la eventual desaceleración de este proceso, como veremos a continuación, no ha impedido que paralelamente se produzca un intenso desarrollo progresivo del Derecho internacional, a través del *soft law*.

En el marco de la OEA, la Asamblea General, a pesar de su naturaleza política, ha tenido un rol central en la codificación del derecho internacional. Según el artículo 53 de la Carta de la Organización, la Asamblea General es el Órgano supremo de la OEA, y es la que decide la acción y políticas generales de este organismo.²¹ A su vez, la Asamblea General es el Órgano en cuyo ámbito se han adoptado la mayoría de las Convenciones interamericanas actualmente en vigor. Sin embargo, si tomamos en cuenta las últimas 3 décadas veremos que únicamente se han adoptado 8 tratados interamericanos y 2 instrumentos de enmienda, tal como se aprecia en la tabla anexa que viene acompañada del número de ratificaciones que cada una de estas convenciones ha recibido hasta el momento²²:

Año de Adopción	Nombre de la Convención	Número de ratificaciones
1996	Convención interamericana contra la corrupción	34
1997	Convención interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados	31
1999	Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad	19

²¹ La Asamblea General está conformada principalmente por los Ministros de Relaciones Exteriores de los Estados miembros, o por sus representantes. Es decir, es un Órgano en el que están representados los Poderes Ejecutivos de los países de la región. La Asamblea General se reúne de manera regular una vez al año (generalmente en el mes de junio por el término de 2 o 3 días), y en circunstancias especiales cuando es convocada por el Consejo Permanente (artículo 58 de la Carta de la OEA).

²² Esta tabla refleja el estado de ratificaciones al 10 de septiembre de 2024.

1999	Convención interamericana sobre transparencia en las adquisiciones de armas convencionales	17
2002	Convención interamericana contra el terrorismo	24
2003	Protocolo de modificaciones al Convenio interamericano sobre el permiso internacional de radioaficionado	2
2013	Convención interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia	6
2013	Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia	3
2015	Convención interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las personas mayores	11
2018	Reforma del Convenio interamericano sobre permiso internacional de radioaficionado	0

De los datos adjuntos se puede ver claramente que en el período que cubre nuestro análisis, 5 tratados se adoptaron en los primeros 7 años. En los 17 años posteriores se adoptaron sólo 3 Tratados y 2 instrumentos de modificación. Por otro lado, de 350 posibles ratificaciones que podrían recibir estos 10 instrumentos en su conjunto (35 ratificaciones de 35 Estados miembros por tratado), se han depositado únicamente 147, lo que representa un 42% del universo posible de ratificaciones. De ellos, 125 instrumentos de ratificación (es decir, el 90% de ellos), fueron depositados con relación a los 5 Tratados que se adoptaron durante los primeros 7 años.

Esto refleja una situación que plantea ciertas interrogantes sobre si los procesos de codificación que se han generado más recientemente en el marco de la OEA requieren de algún tipo de ajuste o revisión ya sea en cuanto a las materias de las que se ocupa, respecto de los estándares que contiene, de los intereses que reflejan, o de los esfuerzos de promoción y sensibilización que se realizan posteriormente a través de los órganos e instancias encargadas de dicha tarea para lograr finalmente su ratificación.

No es nuestro objetivo responder a estas cuestiones en el presente trabajo. Solo queremos dejar planteada la hipótesis de que una eventual desaceleración del proceso de codificación del Derecho internacional en el marco de la OEA, y que no es exclusivo de esta Organización, no ha impedido que, paralelamente, se produzca un intenso desarrollo progresivo del Derecho internacional. A continuación, veremos cuál ha sido el ámbito dentro de la OEA en el cual se está produciendo este desarrollo, las

características de este proceso, y como dichas características pueden eventualmente convertir a dicho *soft law* en normas jurídicamente vinculantes.

VII. La OEA y el desarrollo progresivo del Derecho internacional: el valor jurídico de las Resoluciones de la Asamblea General

La Asamblea General es un órgano que además de codificar cumple una labor importante en el desarrollo progresivo del Derecho internacional a través de la adopción anual de resoluciones y declaraciones. Estas tienen una naturaleza atípica y eficacia variada. Pero uno de los efectos que eventualmente podrían producir es la generación de normas jurídicamente vinculantes de derecho internacional dependiendo del lenguaje utilizado y de las circunstancias en que esos instrumentos se adopten. Particularmente relevante para ello es la posible aprobación de estas resoluciones por consenso lo que, a nuestro juicio, pondría en evidencia la existencia de una *opinio juris*, en este caso de tipo colegiado u *opinio juris comune*, uno de los dos elementos constitutivos de la costumbre internacional.

En efecto, la Asamblea General de la OEA como Órgano supremo de la Organización expresa sus decisiones a través de resoluciones, declaraciones y recomendaciones. Es más, es precisamente a través de las resoluciones, por ejemplo, que se adoptan los textos convencionales²³, claro está, a la espera de las posteriores ratificaciones que los pongan en vigor. Pero en la mayoría de los casos, estas resoluciones adoptan compromisos más bien de tipo político, no convencional. Los temas sobre los que ellas versan pueden ser muy variados: basta con que hayan sido incluidos en el temario respectivo a propuesta de algún Estado miembro y aprobado posteriormente por parte de una Comisión Preparatoria.²⁴ Cada año, la Asamblea General adopta resoluciones sobre más de un centenar de temas. Como se señaló anteriormente, en la adopción de estas decisiones, cada Estado miembro tiene derecho a un voto. Y salvo excepciones expresamente establecidas, las resoluciones se aprueban por el voto de la mayoría de los Estados miembros. No obstante esto último, quizás el aspecto más relevante en este proceso es que, en vez de llegar a una votación, los Estados hacen denodados esfuerzos,

²³ Así, por citar sólo un ejemplo, en 2015, una resolución aprobó la Convención interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las personas mayores. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Asamblea General, *Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las personas mayores*, [OEA/Ser.P/XLV-O.2], 2015, vol. 1, p. 11.

²⁴ La Asamblea General aprueba su temario por el voto de las dos terceras partes de los Estados miembros, previo informe de la Comisión Preparatoria que es la que se encarga de discutir la elaboración de dicho temario durante los meses previos a la celebración de la Asamblea General (artículo 34 del Reglamento de la Asamblea General).

en la mayoría de los casos, por conseguir el consenso. Sobre los efectos que pueden derivarse de la adopción de las resoluciones de la Asamblea General de la OEA por consenso volveremos más adelante.

Una primera característica de las resoluciones de la Asamblea General de la OEA y de los actos de las organizaciones internacionales en general es que, independientemente del tema del que se ocupen, no tienen un contenido o características típicas o uniformes. Incluso al interior de una misma resolución podemos encontrar párrafos con diferentes alcances. De allí que su eficacia sea variada.

Luego de trabajar muy de cerca en los diversos procesos de elaboración, negociación y adopción de resoluciones en los últimos 30 años, y sin perjuicio de lo afirmado en el párrafo anterior, creemos que es posible proponer una clasificación o agrupamiento de estas resoluciones en función a ciertas características o efectos que derivan de las mismas. Así, para efectos únicamente metodológicos, hemos podido distinguir hasta cinco categorías distintas.

El primer grupo trata de aquellas Resoluciones que establecen mandatos para otros Órganos al interior de la OEA. En efecto, siendo la Asamblea General la que decide la acción y la política generales de la Organización, y por ende de todos sus demás Órganos, esta función es en sí misma evidente. Así por ejemplo, en 2024, en el tema referido a los derechos humanos y la prevención de la discriminación y la violencia contra personas LGBTI+, la Asamblea General solicitó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que elabore un reporte de seguimiento del informe “Violencia contra las personas LGBTI” de 2015 y que, en colaboración con otras instancias y agencias, como la Organización Panamericana de la Salud, informe también sobre la discriminación en el ámbito médico y las prácticas médicas degradantes, especialmente en relación con las personas intersex, así como sobre la práctica de las denominadas “terapias de conversión” en la región²⁵. Este es un ejemplo de cómo un acto de una organización internacional puede ser jurídicamente vinculante en la medida en que se trata de un mandato hacia el interior de la misma y con relación a un órgano que forma parte de dicho sistema. Otras resoluciones de esta naturaleza son aquellas que fijan el presupuesto de la Organización, reestructuran la misma o tienen relación con asuntos administrativos.

En este grupo encontramos también aquellas resoluciones que tienen como propósito iniciar acciones que ayuden a entender mejor una temática con miras a la adopción de medidas o acciones posteriores. Nos referimos a mandatos que consisten en el establecimiento de espacios (muchas veces a través de sesiones especiales) para recibir aportes de diversos actores, entre

²⁵ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Asamblea General, Promoción y protección de Derechos Humanos*, [OEA/Ser.P, AG/doc.5871/24], 2024, p. 128.

ellos académicos, expertos y representantes de la sociedad civil y otros actores sociales, para intercambiar experiencias, información y buenas prácticas sobre un asunto particular. En 2024 la Asamblea General, en el tema sobre el fortalecimiento de la protección y promoción del derecho a la libertad de conciencia, religión o creencia, solicitó a la CIDH presentar al Consejo Permanente su estudio sobre el derecho a la libertad de conciencia y religión o creencia en las Américas en una sesión extraordinaria a fin de iniciar un diálogo entre los Estados Miembros para avanzar en la protección y la promoción de la libertad de conciencia y religión o creencia, con la participación de actores relevantes en la materia de la sociedad civil, la academia y la propia Organización²⁶ Se trata pues de resoluciones que generan efectos directos hacia el interior mismo de la Organización y cuyos resultados podrán generar mandatos más concretos, los que a su vez podrán eventualmente dar vida a normas de Derecho internacional, como podría ser una Convención interamericana. Es así como surgieron la mayoría de los Tratados interamericanos actualmente en vigor. Así, las Convenciones interamericanas sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores; contra toda forma de discriminación e intolerancia; y contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia, por citar sólo algunos ejemplos, fueron producto de mandatos iniciales que solicitaron a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA explorar la necesidad de adoptar textos en estas materias y de mandatos posteriores que solicitaron a dicha Comisión negociar los textos respectivos para ser elevados a la Asamblea General una vez estuviesen listos para su adopción.

En un segundo grupo de Resoluciones están aquellas que adoptan nuevos instrumentos de derecho internacional, incluidos no solo los Tratados sino también instrumentos de *soft law* como son las Leyes Modelo, los Programas interamericanos, los Planes de acción, entre otros. Así, por ejemplo, en 2020 la Asamblea General aprobó la Ley Modelo interamericana 2.0 sobre acceso a la información pública²⁷, y en 2021, los Principios actualizados sobre privacidad y protección de datos personales²⁸. Ambos instrumentos habían sido previamente preparados por el Comité Jurídico Interamericano.

Con estos ejemplos vemos ya cómo diversas fuentes del Derecho internacional, tanto formales y que están contenidas en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (principales y auxiliares), como no formales (que no se hallan mencionadas en dicho instrumento), pueden interactuar de forma

²⁶ Nota 25, p. 140.

²⁷ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Asamblea General, *Fortalecimiento de la democracia*, [OEA/Ser.P, AG/doc.5717/24 rev.1], 2021, p. 140.

²⁸ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Asamblea General, *Derecho internacional*, [OEA/Ser.P/LI-O.2], vol. 1, 2022, p. 136.

tal que dan finalmente origen a normas jurídicamente vinculantes. Esta interacción, si no es bien entendida y analizada, puede generar dificultades al momento de la determinación de cuál es la fuente última de la obligación o estándar a ser aplicado a una situación concreta y, además, en la determinación de si efectivamente estamos o no ante una obligación en el sentido jurídico de la palabra. Sobre este tema volveremos más adelante.

En un tercer grupo están las Resoluciones que alientan, exhortan, instan o recomiendan directamente a los Estados miembros a realizar determinadas acciones concretas. Así, por ejemplo, en 2024, en el tema de los Derechos Humanos de las personas mayores, la Asamblea General alentó a todos los Estados miembros a que realicen los esfuerzos necesarios para promover y proteger los derechos humanos de las personas mayores, sin discriminación basada en la edad, con el objetivo de que puedan gozar de todos sus Derechos Humanos y libertades fundamentales; para que participen en las diversas esferas de la sociedad, según corresponda; y, para que reciban buen trato y atención preferencial, así como cuidados integrales y apoyos específicos y diferenciados de acuerdo a sus necesidades - incluida la atención y el apoyo con perspectiva de género - que velen por su integridad, promuevan su autonomía e independencia, y promuevan el acceso universal, equitativo y oportuno en los servicios integrales de salud de calidad basados en la atención primaria, especialmente aquellos que brindan atención a las personas mayores en situación de vulnerabilidad. También instó a los Estados a que tengan en cuenta las necesidades de las personas mayores al definir los programas y políticas públicas orientadas al desarrollo sostenible²⁹.

Si analizamos esta Resolución, veremos que la mera exhortación no genera un mandato jurídicamente vinculante cuyo incumplimiento pueda engendrar a su vez responsabilidad internacional. Es más, la primera parte de dicha exhortación, es decir, promover y proteger los derechos humanos de las personas mayores, es lo suficientemente general como para que los Estados puedan seguir diferentes cursos de acción, según crean conveniente. Pero el grado de especificidad de la segunda parte de la resolución, a saber, aquella que establece parámetros más específicos de cómo implementar la exhortación general, deja un margen menor al Estado con relación a las formas como ha de comportarse. Esto no convierte a la resolución en un instrumento jurídicamente vinculante per se, pero resulta evidente que el valor y el peso de una exhortación variará según el lenguaje utilizado. Si además tomamos en cuenta las circunstancias en las cuales se adopta la resolución en cuestión, es decir, si se adopta o no por consenso, los alcances de la misma tendrán que ser evaluados bajo un criterio distinto.

El cuarto grupo de Resoluciones es particularmente importante. Estas incluyen declaraciones que sientan una postura y que pueden generar o

²⁹ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (nota 28), 2024, p. 130.

reafirmar ciertos estándares de conducta ya aceptados o en proceso de consolidación. En el tema relativo al derecho a la libertad de religión o creencia, la Asamblea General en 2019 destacó que todos tienen el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión o creencia. La Asamblea General indicó que esto incluye la libertad de tener o no tener, cambiar o adoptar una religión o creencia de su elección y la libertad, ya sea de manera individual o en comunidad con otros, y en forma pública o privada, de profesar una religión o creencia.³⁰ Este es un lenguaje muy similar al que utiliza la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y por ende no tiene mayores diferencias con relación a las obligaciones que emanan para los Estados en virtud de ese tratado. Así, podemos establecer que la resolución simplemente reafirma un estándar de conducta ya aceptado para los Estados parte en la Convención. Sin embargo, en la medida en que no todos los Estados miembros de la OEA son parte de la CADH, sí es importante preguntarnos cuál sería el efecto que podría tener esta resolución para los Estados que no han expresado manifiestamente su voluntad de obligarse por dicho instrumento jurídico. La misma pregunta ha de hacerse con relación a muchos tratados y convenciones interamericanas cuyos estándares de conducta son incluidos en las resoluciones anuales de la Asamblea General y que no han sido ratificados por todos los Estados miembros de la Organización.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que, en principio puede entenderse que si aplicaría a todos los Estados miembros de la OEA, utiliza un lenguaje más escueto, limitándose a establecer que toda persona tiene derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado. La pregunta es si para los Estados que no son parte de la CADH, la resolución de la Asamblea General puede llegar a suplir, bajo ciertas circunstancias, los vacíos que presenta la Declaración vis-a-vis aquel instrumento jurídico. La respuesta es obviamente importante sobre todo si se desea una más eficaz implementación de las normas y estándares del sistema interamericano de derechos humanos, pero lo mismo puede suceder en muchas otras áreas de gran importancia para las relaciones internacionales en la región tales como la cooperación jurídica y judicial, sólo por mencionar un ejemplo. Nuevamente aquí, si bien lo que caracteriza a una resolución es precisamente su falta de capacidad para generar responsabilidad internacional, debemos preguntarnos si las circunstancias en las que se adopta dicha resolución (por ejemplo, su aprobación por medio del consenso) podrían, bajo ciertas circunstancias, modificar esa naturaleza.

³⁰ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Asamblea General, *Promoción y protección de Derechos Humanos*, [OEA/Ser.P/XLIX-O.2], 2019, vol. 1, p. 135.

Más recientemente, en 2024, la Asamblea General, en su resolución referida a la promoción y protección de los derechos humanos en línea “afirmó” que los mismos Derechos Humanos que las personas gozan fuera de línea también deben protegerse en línea, incluido el derecho a no ser sometido a interferencia arbitraria o ilegal de la privacidad³¹. En el tema del enfoque de derechos humanos en el combate a la delincuencia organizada, “reafirmó el deber” de los Estados de proteger frente a la violencia, incluyendo la delincuencia organizada en todas sus formas y sus manifestaciones, a las personas que se encuentren en su territorio, en especial a las poblaciones en situación de especial vulnerabilidad, incluyendo niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas adultas mayores, personas con discapacidad, personas migrantes, y todas las mujeres, cuyas vidas y desarrollo se ven afectados por el fenómeno de la delincuencia organizada en todas sus formas y sus manifestaciones³². Y en el tema de la erradicación de la apatridia en las Américas, la Asamblea general reafirmó el compromiso de los Estados miembros con la prevención y la erradicación de la apatridia en las Américas³³. Es evidente el peso que tienen estas afirmaciones aun cuando se encuentren en instrumentos de *soft law*, cuando reafirman derechos, compromisos y deberes específicos que, debido al lenguaje utilizado, todo hace suponer que deben estar ya consagrados en alguna otra fuente de derecho internacional.

En un quinto grupo están las Resoluciones de la Asamblea General que establecen directamente compromisos políticos para los Estados miembros con relación a su actuación en el marco de la Organización. Así, por ejemplo, en el tema de los derechos de las mujeres indígenas, la Asamblea General resolvió en 2024 adoptar medidas apropiadas para asegurar los derechos civiles y políticos relacionados con el ejercicio de la plena ciudadanía por parte de las mujeres indígenas, y crear espacios para la participación plena y activa de las mujeres indígenas en la formulación y ejecución de iniciativas, programas y políticas en todos los niveles del gobierno, sea que estén relacionados con las mujeres indígenas o con los pueblos indígenas en general³⁴. Se desprende del lenguaje de esta resolución que este no es un mandato jurídicamente vinculante para los Estados miembros en cuanto entes individuales, pero sí un mandato que se da a sí misma la Asamblea General, Órgano que está compuesto por dichos Estados. Es decir, estos Estados, en tanto integrantes de la Asamblea General, tendrán que conducirse de determinada manera para cumplir con el mandato que dicho Órgano se da a sí mismo, y con ello generarán una práctica que a la larga sí les será atribuible de manera separada e individual. Además, si todos

³¹ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (nota 30), 2024, p. 121.

³² Ver nota 31, p. 129.

³³ Ver nota 31, p. 107.

³⁴ Ver nota 31, p. 112.

los Estados miembros acuerdan establecer un mandato para la Asamblea General con el objetivo de “adoptar ciertas medidas”, es de esperarse que todas las actividades que se indican en la resolución (a saber, asegurar el ejercicio de la ciudadanía por parte de las mujeres indígenas y crear espacios para su plena participación en la formulación y ejecución de programas y políticas) no deberían encontrar obstáculos para su implementación “por” los respectivos países “ni” en los respectivos países. El mandato antes señalado orientará la conducta de los Estados lo que a su vez generará una práctica reiterada y eventualmente una costumbre internacional si es que se llegan a configurar los dos elementos que la constituyen. En el momento oportuno, la existencia de una eventual obligación deberá ser determinada por un tribunal interno o internacional cuando alguna persona o grupo de personas presente una pretensión en ese sentido. Una vez más vemos pues la posible interrelación que puede producirse entre el soft law y una fuente formal del Derecho internacional, a saber, la costumbre internacional, en la que dicho *soft law* coadyuva en la generación de uno de los elementos de aquella fuente, a saber, la práctica generalizada en el tiempo y en el espacio³⁵.

Un punto interesante a resaltar a este respecto es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha venido utilizando cada vez con más frecuencia las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA como fundamentos de sus fallos, principalmente en aquellos casos en que hay ausencia de normas convencionales que rijan una determinada materia.

Una de las primeras ocasiones en que la Corte Interamericana utilizó las Resoluciones de la Asamblea General en ese sentido fue en el caso “*Atala Riffo y Niñas vs. Chile*”. En el párrafo 86 de la sentencia de 2012, la Corte señaló:

“Al respecto, en el sistema interamericano, la Asamblea General de la OEA ha aprobado desde 2008 en sus sesiones anuales cuatro resoluciones sucesivas respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género, mediante las cuales se ha exigido la

³⁵ Tanto la doctrina como la jurisprudencia internacional han confirmado la presencia de dos elementos fundamentales y concurrentes constitutivos de la costumbre internacional: el material (*usus*) y el psicológico (*opinio iuris*), el primero compuesto por dos subelementos: la continuidad en el tiempo y la generalidad en el espacio. Como afirma Díez de Velasco, la costumbre está formada por dos elementos, de un lado el material de repetición de actos o práctica constante y uniforme de los sujetos, y de otro, el llamado elemento espiritual u *opinio iuris sive necessitatis*, es decir, la convicción por parte de los sujetos de derecho internacional de que se trata de una práctica que obliga jurídicamente. M. DÍEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho internacional público*, Madrid, Editorial Tecnos, 1982, p. 82. Otros autores con los que coincidimos entienden que el elemento material hay que analizarlo a través de tres requisitos que deben estar presentes: el transcurso del tiempo, la uniformidad y la generalidad. P. VERNET, “La costumbre internacional”, en: *Lecciones de Derecho internacional público*, Buenos Aires, Erreius, 2015, pp. 94-96.

adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios”.³⁶

En efecto, en 2011 la Asamblea General había aprobado una Resolución mediante la cual condenaba la discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, e instaba a los Estados, dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de su ordenamiento interno, a adoptar las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar dicha discriminación, entre varios otros puntos. Si bien la Asamblea General no “exigió” la adopción de determinadas conductas, como lo dice la Corte (ya que en efecto no podría hacerlo dada la naturaleza de estas resoluciones), sí alentó e instó a los Estados a seguir un cierto comportamiento. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ante la ausencia de una Convención interamericana que abordara la temática de manera directa y explícita (la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia que incluye entre las causales de discriminación la orientación sexual, la identidad y expresión de género, fue adoptada con fecha posterior al fallo), recurrió a las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, entre otros antecedentes. Lamentablemente, la Corte no justificó por qué un acto de una organización internacional podía representar un compromiso jurídicamente vinculante para el Estado en cuestión asumiendo automáticamente que se trataba de una conducta exigible. Si bien, como vimos anteriormente, las sentencias de los tribunales internacionales no son fuente principal del derecho internacional, sí tienen la capacidad – y esta es quizás su función más importante desde el punto de vista del derecho internacional - de constatar la existencia de una norma internacional. A nuestro entender, en el caso que nos ocupa, el fundamento para determinar la existencia de una norma jurídicamente vinculante para el Estado de Chile, no era que las Resoluciones de la Asamblea General “exigían” un determinado comportamiento, sino que dichas resoluciones, por la forma en que habían sido adoptadas, podían contener el elemento psicológico de la costumbre, es decir, una *opinio juris*, la que en buena cuenta evidenciaría lo que los Estados consideran una conducta jurídicamente deseable aunque aún no esté regulada por el Derecho. Entre otros criterios se podría haber argumentado también que el Estado de Chile no se había opuesto a la aprobación de dicha resolución. Es más, Chile se había sumado al consenso. Ello junto con una práctica reiterada en el tiempo por parte de dicho país (conducta que tampoco fue invocada por la Corte), podría eventualmente haber hecho surgir una costumbre jurídicamente vinculante para Chile con relación al reconocimiento de derechos para el colectivo LGBTI, sobre todo

³⁶ Corte IDH, Caso “*Atala Riffó y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*”, sentencia del 24 de febrero de 2014. Serie C No. 239.

los que se estaban discutiendo en el marco del caso ante la Corte Interamericana. Es decir, la resolución de la Asamblea General (un acto de una organización internacional) aun constituyendo meramente *soft law*, podría haber sido capaz de generar, debido a las circunstancias existentes al momento de su negociación y adopción una norma de derecho internacional jurídicamente exigible debido a la posterior práctica del país en cuestión. Esta norma provendría de la costumbre internacional, aunque con un origen primario en dicho *soft law* el cual podía a su vez constituir un medio de prueba.

Igualmente determinante será la conducta posterior del Estado en cuestión, en el caso de que en un caso concreto aún subsistan dudas sobre la existencia de la norma jurídica, es decir, la conducta mediante la cual el dicho Estado decidió aplicar o no aplicar el fallo del tribunal internacional. En este caso, Chile aceptó el fallo de la Corte, por lo que su conducta posterior tiene un doble efecto: la eventual aceptación de la preexistencia del estándar de comportamiento y que este es jurídicamente exigible tal como fue determinado por el tribunal, y la convalidación de dicho estándar de manera expresa a partir del cumplimiento del fallo, lo que constituye un hecho propio.

En conclusión, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA como actos de una organización internacional revisten pues una importancia fundamental. Al no tener un contenido típico, incluso al interior de ellas mismas, estas resoluciones tienen una eficacia variada. En principio, ellas no son directamente creadoras de normas jurídicas, es decir, no son fuente principal del Derecho internacional. Ello debido a que la mayoría tienen una vocación más bien política, y por lo tanto no generan responsabilidad internacional para los Estados que las adoptan, aunque si son vinculantes al interior de la Organización con relación a los demás órganos que la componen. Sin embargo, estas resoluciones pueden eventualmente tener un doble impacto. Por un lado, el proceso de negociación de las mismas (que muchas veces implica largas discusiones que se prolongan por mucho tiempo), así como las circunstancias en las que finalmente se adoptan (generalmente por medio del consenso), demuestran un alto grado de compromiso que en buena cuenta puede constituir el elemento psicológico de la costumbre, fuente principal del derecho internacional. Esto es de la mayor relevancia práctica si tenemos en cuenta la enorme dificultad que en muchas ocasiones representa la determinación de la existencia de la *opinio juris* por parte de los tribunales internacionales. Por otro lado, las conductas que estas resoluciones buscan impulsar pueden también generar el elemento material de dicha costumbre internacional³⁷.

³⁷ Como bien afirma González Campos "(...) el proceso de creación del derecho en el sistema internacional, lejos de operar mediante una estricta separación entre sus diferentes manifestaciones (costumbre, tratado, actos de las organizaciones), se halla presidido, por el contrario, por una profunda interacción entre todos los actos que manifiestan el consentimiento del Estado en la práctica internacional." J. D. GONZÁLEZ CAMPOS / L. I.

Así, por ejemplo, si un párrafo como el que vimos anteriormente con relación al tema de la libertad de religión o creencia es aprobado por consenso, es claro que encierra una *opinio juris* con relación a los componentes específicos de dicho derecho humano. Dicha *opinio juris* nos indicará que el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión o creencia es un derecho humano que incluye determinados aspectos específicos, a saber, la libertad de tener o no tener, cambiar o adoptar una religión o creencia de su elección; y la libertad, ya sea de manera individual o en comunidad con otros y en forma pública o privada, de profesar una religión o creencia. Todo esto llevado a la práctica (por ejemplo, a través de decisiones de tribunales internos que reconozcan y garanticen estos elementos), generará una costumbre internacional que será vinculante para el Estado o grupo de Estados en cuestión que no se hayan opuesto a la misma, aunque no cuenten con legislación específica sobre la materia o no se hayan hecho parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Como bien afirma Ferrer Lloret:

“(…) por esta vía se corrige en buena medida el carácter descentralizado que tradicionalmente presentaba el proceso de formación de normas consuetudinarias en el Derecho internacional clásico, en el que cada Estado por su cuenta, en el seno de la estructura relacional, llevaba a cabo las mencionadas funciones de interpretación y reconocimiento de forma individual y subjetiva”³⁸.

Estas circunstancias que rodean el proceso de negociación de las resoluciones de los organismos internacionales, y particularmente en el caso de la Asamblea General de la OEA, fueron de alguna manera revisadas durante el examen del Asunto sobre la obligación de negociar un acceso al océano pacífico entre Bolivia y Chile ante la Corte Internacional de Justicia, la cual expidió su sentencia en 2018³⁹.

Durante el examen de dicho caso, Bolivia se refirió a 11 resoluciones que sobre el tema de la mediterraneidad de este país habían sido aprobadas por la Asamblea General de la OEA. En opinión de Bolivia, dichas resoluciones producían ciertos efectos jurídicos bajo la Carta Constitutiva, los que confirmaban la obligación de Chile de negociar. Bolivia señalaba que la conducta de las partes con relación a la redacción y adopción de las resoluciones podían reflejar, cristalizar o generar un acuerdo, en la medida que Chile había participado en la redacción de algunas de estas resoluciones. En buena cuenta pues, Bolivia no señalaba que estas resoluciones fueran un

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ / A. SÁENZ DE SANTA MARÍA, *Curso de Derecho internacional público*, Madrid: Civitas, 2003, p. 153.

³⁸ J. FERRER LLORET, *El consenso en el proceso de formación institucional de normas en el Derecho internacional*, Barcelona, Atelier Internacional, 2006, p. 218.

³⁹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Obligation to negotiate access to the Pacific Ocean (“Bolivia v. Chile”)*, Judgment, *I.C.J. Reports*, 2018, p. 507.

acuerdo en sí mismas, sino que podían potencialmente reflejarlo, cristalizarlo o generarlo.

Por su parte Chile sostenía que las resoluciones de la Asamblea General, “en principio”, no eran obligatorias, aunque en ningún momento alegó que no podrían llegar a serlo. Chile afirmaba que la Asamblea General no tenía competencia para imponer obligaciones jurídicas a las partes, pero nunca se refirió a las conductas propias que podrían haberse generado en virtud de esas Resoluciones y que podrían haber producido una aceptación tácita de las mismas. Chile también señalaba que ninguna de las resoluciones a las que Bolivia hacía referencia mencionaba una obligación preexistente para Chile. En efecto, no podían hacerlo porque como ya hemos visto, un acto de una organización internacional no puede generar de manera directa una obligación internacional.

Chile también se refirió al hecho de que había votado en contra de la mayoría de las Resoluciones mencionadas o que, en algunos casos, ni siquiera había participado en dichas votaciones. Indicó que sólo en 3 ocasiones no se había opuesto al consenso, pero que incluso en esos casos, había solicitado la inclusión de declaraciones o explicaciones con relación al contenido de dichas Resoluciones. Estos alegatos indican claramente que Chile se cuidó muy bien de dejar expresamente sentada una oposición a las Resoluciones mencionadas y no se habría conformado con la simple inacción, bajo riesgo de que esta omisión hubiera podido generar eventualmente una obligación internacional. Cabe preguntarnos qué habría sucedido si Chile no hubiera actuado con esta debida diligencia. ¿La decisión de la Corte habría sido distinta?

La Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 2018 señaló que ninguna de las resoluciones de la Asamblea General de la OEA indicaba que Chile estaba bajo una obligación de negociar el acceso soberano de Bolivia al océano pacífico. Haciendo referencia directamente al contenido de las Resoluciones, la Corte señaló que estas solamente “recomendaban” a Bolivia y a Chile que iniciaran negociaciones sobre el particular. En efecto, la Corte afirmó que no podía inferir del contenido de estas resoluciones, ni de la posición de Chile con relación a su adopción, que Chile hubiera aceptado una “obligación” de negociar el acceso soberano de Bolivia al océano pacífico.

Refiriéndose ya no al contenido sino a la naturaleza de las resoluciones de la Asamblea General, el Tribunal señaló que estas no eran *per se* obligatorias y no podían ser fuente de una obligación internacional. Sin embargo, al señalar que no son *per se* obligatorias, no desconoció la posibilidad de que llegaran a ser obligatorias de mediar otras circunstancias. La Corte no analiza estas otras circunstancias, pero ya en su sentencia de 1986 en el caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, reconoció el valor jurídico de la Resolución 2625 (XXV) adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1970, al considerar que la

negociación y adopción por consenso de esta resolución expresaba la *opinio juris* de los Estados que participaron en las mismas sobre el derecho internacional consuetudinario en vigor⁴⁰. Como bien se afirma en Ferrer Lloret:

*“This example shows that the Court is willing to accept a resolution adopted without a vote, after prolonged consultations and discussions in which not only experts but also representatives of governments participated, as an important element in the formation of customary international law. The Court also found the existence in this case of opinio juris testifying to the formation of a set of rules of customary international law. Thus, through consensus the rules of international law are born”*⁴¹.

Nosotros a lo largo de este trabajo ya nos hemos referido a esta posibilidad. En particular, hemos hablado de la conducta posterior de un Estado o un grupo de Estados en consonancia con el contenido de la Resolución respectiva lo que vendría a constituir el elemento material de la costumbre internacional⁴². Y hemos señalado reiteradamente el rol que puede tener el consenso en la adopción de una Resolución, convirtiéndose en una vía que refleje la *opinio juris* de un grupo particular de Estados. Es el momento de abordar esta temática.

VIII. Las diversas circunstancias que rodean el proceso de adopción de las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA y sus posibles efectos jurídicos

Como hemos podido apreciar, el consenso en la adopción de una resolución aparece como una condición importante para el eventual surgimiento de la *opinio juris* y por lo tanto se convierte así en un elemento clave capaz de permitir el desarrollo progresivo del Derecho internacional a través del surgimiento de nuevas normas de Derecho.

Adicionalmente a ello, también es importante tener en cuenta que una de las características de estas resoluciones como actos de un organismo internacional es que, una vez que nacen, tienen una existencia independiente de la voluntad de los Estados miembros de la entidad respectiva, incluso con relación a aquellos Estados que votaron en contra, se abstuvieron, o estuvieron ausentes durante el proceso de votación. Donde estas distintas circunstancias producen un efecto importante es sobre el mayor o menor

⁴⁰ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, Military and paramilitary activities in and against Nicaragua (“*Nicaragua v. United States of America*”), Judgment, *I.C.J. Reports*, 1986, p. 14.

⁴¹ J FERRER LLORET (nota 38), p. 219.

⁴² Como afirma Ferrer Lloret, la práctica de cada Estado se deberá concretar a la hora de aplicar o no la resolución adoptada por el órgano de la Organización Internacional. J. FERRER LLORET (nota 38) p. 221.

alcance de la obligatoriedad jurídica de la norma consuetudinaria que surja eventualmente a partir de dichas resoluciones.

Analicemos en primer lugar la situación en la cual una resolución es adoptada por consenso. Ahora bien, ¿qué es el consenso? Para empezar, debemos descartar la idea de que consenso significa “unanimidad”⁴³. El consenso es la “ausencia de oposición activa” en la adopción de una decisión. Esto significa que al momento de decidirse si se aprueba o no una proposición, ningún Estado de los que están presentes manifiesta estar en desacuerdo con ella. Cuando se adopta una decisión en el marco de un organismo internacional, y particularmente en el marco de la Asamblea General de la OEA, y dicha adopción se lleva a cabo por consenso, queda en evidencia de manera clara y contundente la *opinio juris* respectiva, es decir, la convicción inequívoca de esa comunidad de Estados de estar ante un parámetro de conducta jurídicamente deseable al cual no desean oponerse. En estos casos, las resoluciones de la Asamblea General pueden servir para cristalizar una norma consuetudinaria sirviendo de prueba de la existencia del elemento psicológico u *opinio juris* de la costumbre internacional. Este mismo concepto se puede extrapolar de la explicación que hace Jiménez Piernas con relación al efecto cristalizador en la relación entre tratados y costumbre. Sobre el particular, señala que:

“(...) nos encontramos con una norma consuetudinaria en vías de formación, que logra cristalizar formalmente en virtud de la adopción de un tratado multilateral que recoge el mismo contenido de conducta objeto de la práctica consuetudinaria anterior al Tratado. La norma que ha cristalizado gracias a la adopción del tratado multilateral obliga en el plano consuetudinario a todos los Estados que no se hayan opuesto expresamente a la misma (...)”⁴⁴.

En efecto, la convergencia de numerosas voluntades y/o el consenso en la aprobación de una Resolución comprueba de modo instantáneo la existencia de una *opinio juris* con relación a una determinada materia o conducta. Si bien ello no genera de manera inmediata una costumbre internacional, como se señaló anteriormente, la práctica posterior y reiterada concordante con dicha *opinio juris* hará surgir la norma internacional. Es obvio que esto es de suma importancia en el marco de un sistema jurídico internacional en el que la prueba del elemento psicológico es quizás la más difícil de obtener. Dicha prueba se hará evidente en el texto de estas Resoluciones.

⁴³ Se entiende que hay unanimidad una vez que se ha procedido a una votación y todos los Estados han votado en el mismo sentido.

⁴⁴ C. JIMÉNEZ PIERNAS, *Introducción al Derecho internacional público. Práctica española adaptado al EEES*, España, Editorial Tecnos, 2009, p. 107.

Asimismo, si la resolución trata sobre ciertas conductas que ya son objeto de cierta práctica más o menos generalizada, y por ende nos hallamos ante una costumbre en vías de formación, dicha Resolución constituirá una toma de postura frente a ella y la consolidará aportando el elemento psicológico que requiere para adquirir la obligatoriedad jurídica que aún necesitaba⁴⁵.

De allí que el rol que puede jugar el consenso es importantísimo para la eventual generación de una norma internacional jurídicamente vinculante, pues constituye una prueba evidente de la concurrencia de voluntades sin que medie oposición alguna.

Otra variable a considerar es que la existencia de una Resolución de la Asamblea General de la OEA es independiente de que un Estado haya votado a favor o en contra de ella, e incluso independiente de que dicho Estado haya estado presente o no durante el proceso de votación y adopción de la misma. Afirmar lo contrario sería admitir que una resolución sólo podría existir si ha sido adoptada por consenso y con la presencia de todos los Estados miembros de la Organización, y ello contradice el espíritu de la normativa que establece determinadas mayorías para adoptar decisiones. Como corolario de ello, cuando en una resolución se condena una conducta determinada, es la Organización en su conjunto la que realiza dicha condena y no cada uno de los Estados que la componen de manera individual. Dicha condena empieza a existir desde el momento mismo de la adopción de la resolución y es independiente de la postura individual que cada uno de los Estados miembros tenga con relación a ella.

Tomemos por ejemplo la Resolución mediante la cual se suspende a un Estado miembro del ejercicio de su derecho de participación en la OEA en virtud del artículo 21 de la Carta Democrática Interamericana. Esta decisión se tiene que tomar con el voto afirmativo de los dos tercios de los Estados miembros y entra en vigor de inmediato. ¿Qué sucede cuando uno o más Estados votan en contra de esta decisión, pero no obstante la resolución se aprueba? ¿Significa ello que para los Estados que votaron en contra de la decisión el Estado suspendido no tendría tal calidad? Obviamente que no. La resolución surte efectos jurídicos incluso con relación a aquellos países que no estuvieron de acuerdo con la decisión adoptada, por ende, es vinculante para todos los Estados en su calidad de miembros de la Organización. Lo mismo sucede cuando un Estado se abstiene de votar, se ausenta, o decide no participar en el órgano que adopta la decisión. Dicha abstención o ausencia no significa que las resoluciones aprobadas no tendrán ningún valor con relación a dicho país, en tanto no dejó de ser en ningún momento un Estado

⁴⁵ Jiménez Piernas se refiere al efecto declarativo en el supuesto en que una costumbre ya existente es recogida y declarada en un convenio multilateral (en nuestro caso, una resolución) con el efecto general de precisarla y sistematizarla por escrito, además de servir de prueba de la opinión juris. C. JIMÉNEZ PIERNAS (nota 44), p. 106.

miembro en la Organización. Para que las resoluciones de la Asamblea General no generen ningún tipo de efecto con relación a un país determinado éste tendría como única alternativa posible dejar de ser Estado miembro mediante la denuncia de la Carta de la OEA. Una abstención o una ausencia simplemente privarán a un Estado en particular de la posibilidad de manifestar si está a favor o en contra de una resolución específica. Y ello tendrá efectos directos no con relación a la existencia misma de la resolución en tanto acto de un organismo internacional sino con relación a la posibilidad de que se genere o no posteriormente, en virtud de otra fuente de Derecho internacional, un compromiso jurídico vinculante para el Estado ausente o que se abstiene.

Donde radica el punto de quiebre, y donde cobra especial relevancia por un lado el consenso, la abstención y la ausencia, y por otro lado el voto en contra es en el momento en que dicho compromiso político se convierte en un compromiso vinculante en virtud de alguna otra fuente del Derecho internacional - como podría ser la costumbre internacional -, como resultado de los procesos de interacción que describimos anteriormente. En principio la resolución en cuestión podría contener una *opinio juris*, es decir, una convicción común de que dicha conducta es deseable desde el punto de vista jurídico, aunque aún no se haya constituido en norma formal de derecho. El voto en contra por parte de algún país, como vimos ya, no podrá obstaculizar la adopción de la resolución. El voto en contra tampoco puede evitar eventualmente el surgimiento de una norma general de Derecho. Sin embargo, dicho voto en contra si podrá tener como efecto desvincular a dicho Estado de la norma consuetudinaria que se genere con posterioridad una vez que reúna las condiciones para ello. Ahora bien, si el Estado de que se trata estuvo ausente, o se abstuvo de votar, o simplemente se unió al consenso, dicha norma consuetudinaria, una vez surgida, le será aplicable en principio. Esta es la regla fundamental con relación a las normas generales de derecho consuetudinario. Como bien afirma Cahier, el silencio o la no oposición tienen el valor de aquiescencia. Una vez consolidada la costumbre, se aplicará a todos los Estados, incluso a los que no han participado en su proceso formativo y no expresaron su parecer al respecto.⁴⁶

Ahora bien, no debemos perder de vista que, tratándose de una costumbre regional, los criterios aplicables podrían ser distintos. Para que un Estado quede vinculado jurídicamente por una costumbre regional, la mera inacción, a diferencia de la costumbre general, parece no bastar. Con relación a una costumbre regional, para que un Estado quede finalmente vinculado por ella, se ha afirmado que éste tiene que haber participado activamente en su formación con actos evidentes que reflejen su intención de quedar

⁴⁶ PH. CAHIER, "Changements et continuité du droit internationale", *Cours général de droit international public*, RCADI, 1985, vol. VI, t. 195, p. 233.

vinculado por dicha costumbre. Así, la costumbre regional si requerirá la participación y el consentimiento o aquiescencia de los Estados entre los cuales se ha de aplicar.⁴⁷ En el mismo sentido opinó la Corte Internacional de Justicia en el Asunto del asilo entre Colombia y Perú al señalar que Colombia:

“(...) has relied on an alleged regional or local custom peculiar to Latin-American States. The Party which relies on a custom of this kind must prove that this custom is established in such a manner that it has become binding on the other Party. The Colombian government must prove that the ruled invoked by it is in accordance with a constant and uniform usage practiced by the States in question (...)”⁴⁸.

Mucho se ha discutido con relación a la costumbre regional y sus diferencias con relación a la costumbre general, pero han sido escasas las oportunidades en que algún tribunal internacional se ha podido referir a estas circunstancias. Sin embargo, parece existir una opinión generalizada en la doctrina respecto de las diferencias entre ambos tipos de costumbre. No obstante ello, debemos tener en cuenta, en primer lugar, que el mero hecho de que un organismo internacional de carácter regional trate un asunto específico en una de sus Resoluciones, no convierte automáticamente a la norma que eventualmente surja de la misma en una costumbre regional. La temática bien puede rebasar dicho ámbito local al estar siendo tratada, con los mismos alcances, en el ámbito universal. Por ejemplo, el tratamiento de diversos temas relativos a los Derechos Humanos en el ámbito regional no es, en muchos casos, más que una mera extensión de lo que sucede en el ámbito universal, y los distintos estándares de protección y garantía que se van incorporando en las resoluciones de la Asamblea General, van reflejando una opinión juris mucho más amplia que la meramente interamericana. De manera inversa por ejemplo, la aparición histórica de la figura del asilo diplomático en nuestra región no dejó dudas de que se trataba, por lo menos inicialmente, de una institución netamente latinoamericana⁴⁹. Así pues, sostener sin más que un Estado queda liberado del compromiso de respetar dichos estándares por ser de naturaleza regional y no haber participado activamente en su construcción sería técnicamente erróneo y podría producir incompatibilidades jurídicas *vis-a-vis* las tendencias universales.

En segundo lugar, el tema de la participación activa en el proceso de formación de la norma cuando ésta proviene de la costumbre regional parece más bien referirse al elemento material de la misma, es decir, a la conducta

⁴⁷ H. THIERRY / J. COMBACAU / CH. VALLEE / S. SUR. *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 1975, p. 147.

⁴⁸ D. J. HARRIS, *Cases and materials on International Law*, London, Sweet and Maxwell, 1998, p. 24.

⁴⁹ Así lo expresa Sorensen cuando afirma que la doctrina del asilo diplomático no ha logrado una aceptación general en el derecho internacional ya que la práctica de conceder este asilo quedó mayormente limitada a América Latina, M. SORENSEN (nota 8), pp. 399-400.

exteriorizada por el Estado en cuestión mediante una práctica generalizada en el tiempo y el espacio, y no al elemento psicológico que se genera, en el caso de las resoluciones de la Asamblea General, mediante él. En efecto, en el párrafo de la Corte transcrito anteriormente, se establece que “la parte que se basa en una costumbre de este tipo debe probar que esta costumbre se establece de tal manera que se ha convertido en obligatoria para la otra parte. Y acto seguido parece explicar cómo surge esta obligatoriedad al establecer que el gobierno colombiano debe probar que la regla que invoca está en concordancia con un uso uniforme practicado por el Estado en cuestión”. Esto querría decir que el consenso a través del cual se logra una decisión en el marco de un organismo regional, entendido como falta de oposición activa, si bastaría para la formación de al menos uno de los dos elementos de la costumbre, a saber, la *opinio juris*. A diferencia de la costumbre general, sin embargo, y si aceptamos las diferencias establecidas entre ambos tipos de costumbre, la abstención o la ausencia si sería prueba de que dicho Estado no participó en la formación de la costumbre regional de manera activa y, por lo tanto, quedaría en principio excluido del ámbito de aplicación de la eventual norma.

Son pues muchos los elementos que han de analizarse antes de dar una respuesta final sobre la determinación del surgimiento o no de una costumbre y su obligatoriedad para un Estado específico a partir de una resolución.

En resumen, cuando un Estado miembro de la OEA en el marco de una Asamblea General, presta su aquiescencia a la aprobación de una resolución o declaración, ya sea dando su voto afirmativo o uniéndose al consenso, está permitiendo que se configure una *opinio juris commune*. Este elemento psicológico, en el caso de tratarse de una norma general, producirá efectos vinculantes para el Estado en cuestión una vez constituida jurídicamente la norma, aunque no haya realizado conductas posteriores en dicho sentido. En efecto, una vez que surge la costumbre general, ella se aplica a todos los Estados concernidos que no hayan manifestado expresamente su oposición a la misma (por ejemplo, mediante declaraciones expresas, habiendo votado en contra, o con conductas posteriores contrarias al parámetro establecido)⁵⁰. La ausencia de un Estado miembro en el proceso de negociación o adopción de una resolución en una Asamblea General, o su abstención al momento de la votación, tampoco impedirá que eventualmente

⁵⁰ Un tema interesante a analizar es el valor jurídico atribuible a las notas a pie de página que se insertan en las resoluciones de la Asamblea General de la OEA. A diferencia de las declaraciones que los Estados pueden realizar con relación a dichas resoluciones, las notas a pie de página no están reglamentadas. Sin embargo, una práctica cada vez más difundida en los últimos años con relación a las mismas hace imperioso este análisis, sobre todo para determinar si dichas notas pueden constituir un método válido para expresar oposición o una reserva al contenido de las resoluciones. Este análisis tendrá que esperar a un futuro trabajo debido a la extensión y complejidad del mismo.

y reunidos los dos elementos constitutivos de la costumbre internacional, se genere una norma consuetudinaria aplicable a él. Sin embargo, en el caso de que se haya generado una norma consuetudinaria de carácter regional, dicha *opinio juris* comune que surge como producto del consenso si tendrá que venir acompañada de conductas posteriores por parte del Estado al que se le pretenda aplicar y que se adecúen el estándar establecido.

Pero aún en este último supuesto, el consenso se constituye en un elemento fundamental y necesario para el desarrollo progresivo del derecho internacional, sobre todo en un organismo como la OEA. Una Resolución de la Asamblea General adoptada por consenso es una muestra evidente de una *opinio juris* compartida sin excepciones, sobre todo si dicho consenso es alcanzado, como muchas veces sucede, después de intensas y largas negociaciones.

Así, en la tarea de construcción progresiva del Derecho internacional, los Estados tienen ante ellos la gran responsabilidad de lograr la adopción de sus decisiones por consenso. No hacerlo no sólo constituye un fracaso en el diálogo político multilateral sino la pérdida de una valiosa ocasión de contribuir con dicho desarrollo progresivo⁵¹. Es cierto que el consenso implica un ejercicio prolongado y agotador de arduas negociaciones así como de acomodados y reacomodados que quizás no deje enteramente satisfechas a todas las partes involucradas, pero al final el resultado será el fortalecimiento del propio derecho internacional tal como se solicitó en la Declaración de Panamá de 1996.

Finalmente, no queremos dejar de abordar un último tema, a saber, que el soft law presenta una serie de ventajas con relación a las fuentes formales del Derecho internacional y, en particular, es de destacar las ventajas que ofrecen las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA para su desarrollo progresivo.

Uno de los aspectos a resaltar es que estas resoluciones son adoptadas de forma anual, y en cada oportunidad se produce un desarrollo paulatino de la materia de la cual se ocupa. Con cada nueva resolución los temas van evolucionando y se incluyen nuevos y mejores estándares que los Estados no estuvieron en condiciones de aceptar en un momento determinado. Esta es una de las ventajas más concretas del desarrollo progresivo del Derecho internacional a través del soft law, y es una característica que pone a los actos

⁵¹ Lo mismo ocurre, por ejemplo, con las decisiones de los tribunales internacionales. Siempre será más fácil intentar defender una postura personal a través de un voto disidente o separado. Pero el desafío de contrastar las posturas personales con el resto de las posiciones, aunque sean abiertamente contradictorias, y la subsecuente labor de acomodar todos los puntos de vista expresados dará como resultado una decisión judicial más sólida y más autoritativa, contribuyendo de manera más efectiva así a la determinación de la existencia de las normas internacionales y su interpretación.

de las organizaciones internacionales en ventaja comparativa sobre otros instrumentos jurídicos menos flexibles, como pueden ser los Tratados.

A manera de ejemplo, un tema en el que se ha evidenciado este desarrollo progresivo más que en ninguno otro es el de los derechos del colectivo LGBTI⁵², respecto del cual se aprobó una primera Resolución en 2008⁵³ la que esencialmente se limitaba a manifestar su preocupación por los actos de violencia y las violaciones de Derechos Humanos relacionadas cometidos contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género y, en segundo lugar, encargaba a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA incluir en su agenda el tema de Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género. Si comparamos esta resolución con la que se aprobó en el año 2024, veremos un desarrollo amplio y sustantivo en la temática⁵⁴. Así, ese año la Asamblea General condenó las violaciones y abusos de los Derechos Humanos, la discriminación, los discursos y las manifestaciones de odio, incitación y actos de violencia motivados por prejuicios en contra de las personas por su orientación sexual, identidad o expresión de género, y sus características sexuales en el hemisferio, así como la discriminación médica y las prácticas médicas degradantes. Por otro lado, reconoció la necesidad de tomar medidas para obtener datos desglosados y emprender acciones para comprender mejor y abordar efectivamente la violencia de género, y promover así la igualdad para todas las personas LGBTI de la región. En ese sentido, la Asamblea General hizo una serie de llamados a los Estados miembros. Entre ellos, solicitó la adopción de medidas para eliminar las leyes, reglamentos y prácticas que discriminan, directa o indirectamente, a los ciudadanos en su derecho a participar en los asuntos públicos - incluidas las elecciones - por motivos de orientación sexual, identidad y expresión de género y características sexuales. Igualmente alentó a los Estados miembros a reconocer que las personas LGBTI también se enfrentan a múltiples y diferenciadas formas de violencia y discriminación por causa de su orientación sexual, identidad o expresión de género y características sexuales, raza, etnia, discapacidad, edad y clase social, lo que conduce a formas agravadas de exclusión y violencia en las esferas pública y privada y afecta aún más a la plena garantía de sus derechos. Alentó a dichos Estados a adoptar las medidas legislativas, administrativas y judiciales pertinentes para prohibir las denominadas “terapias de conversión” y

⁵² Para un análisis mucho más específico de esta temática ver: D. NEGRO, “Los avances más recientes en la protección de los Derechos Humanos del grupo LGBTI en el ámbito interamericano”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, n° 73, año 2014, pp. 155-183.

⁵³ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Asamblea General, *Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género*, [OEA/Ser.P/XXXVIII-O.2], 2008, vol. 1, p. 312.

⁵⁴ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (nota 53), 2024, p. 125.

cualquier práctica o intervención que tenga por finalidad modificar o suprimir la orientación sexual, la identidad o la expresión de género o las características sexuales de una persona; y a considerar examinar, conforme a su respectivo ordenamiento jurídico nacional, la eventual adopción e implementación de legislación o de políticas públicas para reconocer legalmente la identidad de género auto percibida y libremente manifestada de las personas, mediante procedimientos administrativos u otros que aseguren la confidencialidad. El órgano máximo de la OEA exhortó a los países a continuar fortaleciendo su legislación, instituciones y políticas públicas para eliminar las barreras que enfrentan las personas LGBTI en el goce de los derechos humanos y libertades fundamentales; a adoptar medidas enfocadas en prevenir, investigar, responsabilizar, sancionar y erradicar la violencia y discriminación contra las personas por motivos de su orientación sexual, su identidad o expresión de género y sus características sexuales; y a emprender medidas para asegurar que las víctimas de violencia y discriminación tengan acceso a la justicia y servicios de salud en condiciones de igualdad. Por otro lado, instó a los Estados a adoptar medidas para incluir a las personas LGBTI en el desarrollo económico y garantizar su acceso equitativo al mercado laboral, como tarea prioritaria en el contexto de los emergentes retos económicos; a seguir tomando las medidas necesarias para facilitar el libre ejercicio de los derechos civiles y políticos de las personas LGBTI, incluyendo prácticas como garantizar que todos los locales y mesas de votación sean de carácter universal, de conformidad con la legislación nacional de cada país, consistente con las obligaciones y compromisos internacionales en materia de derechos humanos; a utilizar mecanismos institucionales, robustecer el sistema de derechos en igualdad de condiciones y desarrollar políticas públicas en materia de violencia hacia las personas LGBTI, incluidas las personas trans, en particular las mujeres trans, haciendo hincapié en los delitos motivados por prejuicios y discriminación, a fin de garantizar y respetar la igualdad ante la ley, así como promover el acceso de las personas trans al pleno goce de todos sus derechos humanos; y a reconocer las múltiples e interrelacionadas formas de discriminación contra las mujeres LGBTI, promulgar leyes y políticas para prevenir la violencia de género y promover la igualdad de género, desglosar los datos sobre violencia LGBTI, e implementar políticas públicas para prevenir, castigar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres LGBTI. Asimismo, instó a los países de la región a fomentar el respeto a la diversidad sexual en las zonas rurales y costeras, entre otras, y promover políticas o actividades para generar un entorno social favorable con espacios seguros y libres para que las personas LGBTI que ahí habiten puedan hacer una vida, y formar sus familias sin miedo a la discriminación, la exclusión o la vulnerabilidad; a reconocer y atender las vulnerabilidades de los defensores de los derechos humanos que trabajan para proteger los derechos de las personas LGBTI y promover la

participación de la sociedad civil en el proceso de consultas de políticas públicas; y a tener en cuenta que las necesidades y vulnerabilidades de las personas LGBTI pueden cambiar a lo largo de la vida. Finalmente solicitó a los Estados miembros adoptar medidas que aseguren una protección efectiva a las personas intersex y a que implementen políticas y procedimientos, según corresponda, que garanticen que las prácticas médicas con respecto a las personas intersex respeten los derechos humanos, y a mejorar las capacidades de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en sus interacciones con las personas LGBTI, incluyendo la investigación de los delitos contra las personas LGBTI, particularmente la violencia doméstica, mediante la formación y la coordinación con la sociedad civil.

Si bien es cierto esta es una descripción larga y detallada del contenido de la resolución, creemos que deja en evidencia el largo camino recorrido en el tratamiento del tema a lo largo de los años. En años más recientes se han ido actualizando con el mismo impulso otras resoluciones cuyo contenido fortalecen el sistema jurídico interamericano e internacional y es de esperar que en el futuro nuevos temas alcancen esta meta.

IX. A manera de conclusión

A lo largo de todo este trabajo hemos querido destacar la manera como la Organización de los Estados Americanos ha venido transformando sus esfuerzos de codificación del Derecho internacional hacia un desarrollo progresivo del mismo a través de la generación de *soft law*, particularmente por medio de la adopción de resoluciones anuales en el marco de su Asamblea General. Hasta cierto punto, dicha transformación se ha producido de una manera casi desapercibida, es decir, sin una decisión concreta y meditada al respecto.

Es indudable la importancia y el interés que tiene para la región seguir contribuyendo con la construcción del derecho internacional general tal como fue resaltado por la Declaración de Panamá sobre la Contribución interamericana al desarrollo y codificación del Derecho internacional de 1996. Aunque no lo establezca la propia declaración, esto asegurará la adecuación del derecho internacional conforme a paradigmas que estén en consonancia con una visión regional y que refleje los intereses de los países de este continente, como se ha hecho ya en materia de Derechos Humanos y de democracia por citar sólo un par de ejemplos. La proyección de un sólido Derecho interamericano en el Derecho internacional general rendirá a la larga resultados positivos para nuestros países no sólo políticos sino también económicos, sociales, culturales y de otra índole.

La pregunta que surge es si se deben realizar esfuerzos por volver a la senda de la codificación o si el rumbo iniciado hacia el desarrollo progresivo del Derecho internacional a través del *soft law* es suficiente.

No se puede asegurar que existan actualmente las condiciones para regresar al camino de la codificación, por lo menos no con la intensidad que antes lo caracterizaba. Por otro lado, el *soft law*, como vía alternativa a la codificación, presenta enormes posibilidades si se utiliza de una manera adecuada. Para ello, es imperativo difundir las virtudes del *soft law* y los efectos que se pueden derivar de las Resoluciones de la Asamblea General sobre todo cuando estas son adoptadas por consenso y son capaces de generar parámetros y normas de conducta que, al ser recogidos en normas provenientes de otras fuentes del Derecho internacional, terminarán fortaleciendo sistema jurídico interamericano.

Para ello se hace imprescindible que estas Resoluciones incluyan estándares realmente sustantivos y no se conviertan en instrumentos meramente procedimentales. Así sucedió por ejemplo con el tema del acceso a la información pública. Desde el año 2003⁵⁵ la Asamblea General aprobó Resoluciones que precedieron tanto en tiempo como en sustancia a los grandes avances que se produjeron posteriormente en la región. En efecto, las primeras resoluciones en la materia fueron estableciendo pautas que luego fueron recogidas por el Comité Jurídico Interamericano⁵⁶, la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁷, y finalmente fueron plasmadas y ampliadas en la ley modelo interamericana de 2010⁵⁸ y su texto actualizado en 2020⁵⁹.

En un momento en que ningún otro foro se había pronunciado al respecto, estas Resoluciones fueron estableciendo desde un inicio que toda persona tiene la libertad de buscar, recibir, acceder y difundir informaciones y que los Estados deben respetar y hacer respetar el acceso de todas las personas a la información pública. También establecieron deberes para los Estados con relación a la adopción de disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para asegurar el reconocimiento y aplicación efectiva del acceso a la información pública y a la elaboración y adaptación

⁵⁵ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Asamblea General, *Acceso a la información pública: fortalecimiento de la democracia*, [OEA/Ser.P/XXXIII-O.2], 2003, vol. 1, p. 64.

⁵⁶ COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, “Principios sobre el derecho de acceso a la información”, *Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano a la Asamblea General*, [OEA/Ser.Q/VIII.39], 2008, p. 44.

⁵⁷ Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C., No. 151.

⁵⁸ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Asamblea General, *Ley Modelo interamericana sobre acceso a la información pública*, [OEA/Ser.P/XL-O.2], 2011, vol. 1, p. 434.

⁵⁹ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Ley Modelo interamericana 2.0 sobre acceso a la información pública*, [OEA/Ser.D/XIX.12], 2020.

de los respectivos marcos jurídicos y normativos de forma tal de brindar a los ciudadanos un amplio acceso a la información. Dichas Resoluciones también mencionaron las excepciones al régimen de acceso a la información, estableciendo que los Estados, al momento de elaborar o adaptar su legislación nacional, debían tener en cuenta criterios de excepción claros y transparentes. En cuanto a los medios de difusión de la información, la Asamblea General estableció el deber de los Estados de adoptar las medidas necesarias para hacer disponible la información pública a través de medios electrónicos o de cualquier otro medio que permitiera su fácil acceso. Finalmente, pero no por ello menos importante, la Asamblea General se refirió al deber de los Estados de tener presente los principios de acceso a la información al momento de elaborar y adaptar su legislación en materia de seguridad nacional.

Al día de hoy, mucho se ha avanzado en la región en materia de acceso a la información pública y los parámetros señalados palidecen ante el contenido de la normativa interna en esta materia en la mayoría de nuestros países. Pero es indudable que, sin este esfuerzo previo, promovido al más alto nivel político en el seno de la Asamblea General de la OEA, el desarrollo posterior, tanto a nivel internacional como interno, hubiera sido más lento y difícil o no se hubiera logrado.

Es esta la condición más importante para seguir impulsando el desarrollo del *soft law* en la OEA: que sea capaz de introducir estándares sustantivos y útiles no sólo para generar por sí mismo y de manera directa parámetros de conducta para los países de la región, sino que sirva de incentivo e impulso para desarrollos posteriores, más completos y eficaces.

Porque finalmente, tal como nos lo recuerda la Asamblea General en su Declaración de 1996, la elaboración y el desarrollo del Derecho internacional interamericano en el marco de la OEA favorecerán la colaboración y la mutua comprensión entre los diversos sistemas jurídicos nacionales, así como entre los sistemas que coexisten en el hemisferio: el derecho civil y el *common law*. En efecto, este es uno de los mayores retos para el desarrollo jurídico en dicho organismo y para la cooperación internacional entre sus diferentes Estados miembros. El *soft law*, debido a su naturaleza y características, tanto en su etapa de gestación como de implementación, es una de las herramientas que está en las mejores condiciones para lograr dicho acercamiento, así como la armonización de las legislaciones internas de nuestros países, lo que a la larga asegurará un mismo nivel de garantía y de protección para nuestros ciudadanos, independientemente de la jurisdicción en la cual se encuentre.

Algunas reflexiones sobre las CIDIPs

José Antonio MORENO RODRÍGUEZ*

Esta recopilación de jurisprudencia brinda un justiciero homenaje a las CIDIPs. Si nos maravilla el éxito que han tenido, con la generación de instrumentos de calidad -muchos de ellos logrando un importante número de ratificaciones en el continente-, más debería asombrarnos que ello haya ocurrido considerando la coyuntura que les dio origen.

Los lustros previos a 1975, año de la primera CIDIP, constituían tiempos muy complicados para el derecho internacional privado. La Conferencia de La Haya, máximo organismo codificador universal en la especialidad, era vista como muy “europea”, y sus convenciones no habían tenido el suceso ratificador de tiempos actuales, sino muy por el contrario. La Liga de las Naciones creó UNIDROIT en 1926 para encarar una labor de codificación privada transfronteriza, pero el organismo pierde mucho protagonismo con el advenimiento de la segunda guerra mundial, que de hecho solo retoma en los años noventa con la aparición de sus “Principios” en materia contractual. Las Naciones Unidas, por su parte, crean otro organismo, UNCITRAL según sus siglas en inglés con la que más se lo conoce, pero esto data recién del año 1966, y es solo de fecha reciente que se ven los resultados de este proceso codificador.

La situación en el continente americano tampoco era nada halagüeña: dos procesos codificadores, uno el del Código Bustamante de 1928, y otro en el sur con los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, constituyeron esfuerzos tempraneros dentro de una disciplina en recurrente evolución que, además de resultar insatisfactorios en muchos aspectos, contenían soluciones no pocas veces contradictorias en temas capitales. Ello con el agravante de que muchos de los países no se hallaban adscriptos a ninguno de estos procesos codificadores, notablemente aquellos de Norteamérica y del Caribe

* Ex Presidente del Comité Jurídico Interamericano de la OEA, ex Presidente y ex Secretario General de la ASADIP.

provenientes de la tradición del “*common law*”. Para peor, las soluciones de los derechos internos dejaban mucho que desear en materia de derecho internacional privado ante la omisión del tratamiento de diversas cuestiones, en algunos casos, y en otros ante lo anacrónico de lo regulado o fallado por los tribunales.

El aporte de las CIDIPs, entonces, ha sido verdaderamente monumental. El proceso gradual de codificación allí encarado vino generando instrumentos por lo general de calidad y, sobre todo, útiles, pues han sido objeto de ratificaciones o incorporación a diversos derechos internos que recibieron sus soluciones en leyes nacionales y en precedentes jurisprudenciales. Es más: las CIDIPs contribuyeron a que países como Brasil por ejemplo, al ratificarlas, estuvieran luego más abiertas para adoptar otros instrumentos internacionales que finalmente incorporaron, provenientes ya de organismos universales.

Por fortuna, hoy día la coyuntura mundial es bien distinta a la que precediera a las CIDIPs. La Conferencia de La Haya se consolidó como organismo universal con suceso bien más allá de Europa, en todos los continentes, en cuanto a la adopción de sus instrumentos. Lo propio ocurrió con los trabajos de UNCITRAL y UNIDROIT. Realmente impresiona al ver el número de ratificaciones u adopciones legislativas, además de precedentes judiciales y arbitrales que reciben soluciones emanadas de estos tres máximos organismos codificadores universales. Por lo demás, vienen sofisticándose técnicas alternativas a la de los tratados, como las de leyes modelo, guías legislativas y “*Restatements*” o “principios”, instrumentos de “derecho blando” no destinados a ratificación sino a su incorporación por otras vías, además del carácter persuasivo que tienen para jueces, árbitros, abogados practicantes y para la doctrina. Esto hace que estas soluciones universales puedan resultar más fácilmente recibidas en los países, por un lado; en tanto que, por el otro lado, sobre todo el derecho comercial deja de encontrarse encorsetado en convenciones que resultan muy difíciles de modificar después, cosa por lo general no aconsejable en esta disciplina tan cambiante, más aún de manera exponencial en tiempos recientes ante tantos cambios tecnológicos.

El “derecho duro” nacional queda además relativizado en muchos temas ante la proliferación de procesos de integración regional y de tribunales supranacionales, éstos con facultades de dictar fallos atendiendo a principios, usos y costumbres que trasciendan el chauvinismo local, cosa que ocurre

también como regla en los arbitrajes comerciales y de inversión, de dramática expansión en el continente americano en los tiempos que corren.

Ello acrecienta la importancia de contar con instrumentos de “derecho blando”, que den forma concreta a dichos “principios, costumbres y prácticas”, cosa que vinieron haciendo tanto la Conferencia de La Haya –esta recientemente con sus Principios sobre derecho aplicable a la contratación internacional–, como UNCITRAL y UNIDROIT y, en el plano interamericano, la OEA a partir de su CIDIP sexta en 2002 cuando aprobó una Ley Modelo de garantías mobiliarias.

Si hace cincuenta años existía un vacío regulatorio en el mundo, en cuanto a convenciones internacionales, el mismo vino siendo llenado por todas estas organizaciones, y si el globo era chauvinista hace unas décadas, hoy día ya no puede serlo, ante el incontenible proceso de globalización que, dejando de lado controversias en torno a la palabra, resulta irreversible en cuanto a la dilución de fronteras físicas ante el desarrollo tecnológico y de acercamiento en las vías de comunicación física y virtual. Este proceso hace que -al menos como regla- queden sin sentido esfuerzos codificadores “de derecho duro” en materia de derecho internacional privado que solo sean regionales, e injustificable además, pues todas las regiones tienen representaciones y un acceso efectivo a los procesos codificadores universales, en los que también pueden incidir.

Un dato no menor es que en los años de creación de las CIDIPs no formaban parte de la OEA los países caribeños ni Canadá, y que desde su incorporación no han ratificado ni uno solo de sus instrumentos, lo que pone en serio cuestionamiento su efectividad actual para la generación de textos de derecho “duro” que puedan ser recibidos de manera amplia en el continente.

La pregunta entonces es, ¿debe descartarse de ahora más la elaboración de convenciones en la materia en el seno de la OEA? Y la respuesta es, obviamente que no, en cuanto sea identificada una necesidad, es decir, ante un tema que no se esté abordando a nivel universal, o que realmente amerite una regulación continental. Aunque la hipótesis, hay que ser sincero, parece ser más académica que real, pues en reuniones de las que pude participar, como una en Washington en marzo de 2016 convenida para el efecto por el Comité Jurídico Interamericano con muy importantes figuras del derecho internacional privado, y otras posteriores, nadie pudo precisar qué tema ameritaría de regulación en un instrumento “duro” de parte de la OEA.

De todas formas, si así se estimara y decidiera, podría ser convocada una nueva CIDIP. Pero también habría otro camino, cual es el de recurrir a la asamblea anual de la OEA, la cual cuenta con potestades de aprobar textos de estas características, u otros de derecho “blando” que pudieran ser sometidos a su consideración. Y de hecho, la Asamblea vino aprobando instrumentos de derecho “blando” como, en fecha reciente, el relativo al acceso a la información pública, muy efectivo para las reformas ulteriores que se han sucedido en varios países de la región con respecto a este tema.

El Comité Jurídico Interamericano de la OEA, que integré por ocho años y llegué a presidir, vino evaluando propuestas en este tiempo en materia de derecho internacional privado, particularmente atinentes a recibos electrónico de almacenaje -un proyecto complementario al de garantías mobiliarias-, al derecho del consumidor y a la contratación general; y los instrumentos resultantes están proyectados como de derecho “blando”. Si bien podrían ser sometidos a consideración de una CIDIP que pueda hipotéticamente ser convocada para el efecto, resulta mucho más práctico pasarlos por la Asamblea de la OEA, que de todos modos se reúne anualmente y que cuenta con potestades suficientes para adoptar resoluciones en esta materia, en una época, por lo demás, muy crítica en atención a las severas limitantes presupuestarias por las que pasa la organización.

Las CIDIPs parecen entonces haber cumplido su misión, ¡y vaya que la han cumplido! Que ya no habrá una en el futuro, nadie podría asegurarlo. Sí podría decirse que, parados sobre los hombros de gigantes, es de esperar que el Comité Jurídico Interamericano siga proponiendo en el futuro próximo a la OEA textos de derecho internacional privado que no sean objeto de tratamiento en una conferencia especial, sino en el seno de la propia asamblea anual de la organización, con plenas facultades para aprobarlos y darles así la máxima efectividad. El bronce de la historia registrará, no me cabe la menor duda, que la OEA ha dado mucho a esta disciplina recurriendo a mecanismos de derecho “duro” y “blando”, por un lado; y por el otro lado valiéndose de instancias de aprobación asamblearia, en los tiempos que se vienen, y de las CIDIPs en tiempos ya históricos, que pasan a formar parte de un pasado del que solo nos podemos enorgullecer los juristas de la región.

A 50 años de la primera CIDIP: el valioso legado de las CIDIPs: los Derechos Humanos de entonces y de hoy. Nuevos problemas, renovados desafíos; la necesidad de continuar avanzando

Eduardo VESCOVI*

Sumario: I. Consideraciones preliminares. 1. Contexto de justificación. 2. Derecho internacional y derecho nacional, derecho público y derecho privado, Derechos Humanos y su omnipresencia. Una nueva realidad. II. Las CIDIPs y su valioso legado. 1. La época. 2. El gran equilibrio. 3. La visión de futuro. III. La época actual. 1. Globalización, multiculturalidad, internacionalización, nuevas tecnologías, el internet. 2. La constitucionalización. Principios y normas. Justicia y certeza. Autonomía o intervencionismo. El avance de los Derechos Humanos y su impacto en el Derecho internacional privado. 3. Las preocupaciones y los nuevos desafíos. El poder infinito del Estado. La nueva normativa y los Derechos Humanos. IV. Reflexiones finales.

I. Consideraciones preliminares

1. Contexto de justificación

Movido por la invitación a escribir en esta suerte de “recopilación de jurisprudencia latinoamericana en aplicación de las CIDIPs”, desamparado por una propuesta temática demasiado amplia y bastante difusa (sin embargo, compatible), y sacudido por las circunstancias de la actual realidad del quehacer jurídico continental y global, entendí necesario brindar un contexto de justificación para mi contribución.

Ello porque si bien me proponía escribir de Derecho internacional privado (DIPr), las ideas me han quitado del DIPr tradicional, y me han

* Doctor en Derecho y Ciencias, asesor y litigante. Ex Presidente de la ASADIP. Integró el Directorio del Colegio de Abogados del Uruguay en los años 2000 a 2004, habiendo desempeñado el cargo de Secretario del mismo. En 1981 ingresó a la docencia en DIPr, ocupando actualmente el cargo de Profesor Titular, durante los cuales ha publicado trabajos en libros colectivos y revistas tanto nacionales como extranjeras de su especialidad tanto en Uruguay como en el exterior. Ha formado parte de la delegación uruguaya a varias reuniones de la CIDIP, en calidad de asesor, dictado numerosos cursos y conferencias en el Uruguay y en el extranjero.

hecho desvariar por el Derecho internacional público, por los Derechos Humanos, y hasta por la filosofía del derecho y la política. Entonces en un intento –quizás vano- de distinguir la alucinación de la realidad, de detener el vuelo y pisar tierra firme, me doy cuenta que todo parte de una preocupación (que se aproxima a la angustia) bien terrenal: nadie duda que los derechos humanos impregnan hoy, como nunca antes, todas las ramas del derecho; nadie duda que los avances tecnológicos en materia de comunicaciones e información (entre ellos, internet y sus derivados, como la inteligencia artificial, por ejemplo) le dan al ser humano una proyección de libertad como nunca antes fue concebida. Sin embargo yo veo a los individuos en la realidad cada vez más solos, cada vez más desprotegidos desde el punto de vista jurídico, sobre todo frente al Estado, están totalmente a merced de la red de datos y acopio de información que los comprende y los determina, han perdido privacidad hasta en los aspectos más intrascendentes e insólitos de su vida cotidiana¹. Por el contrario el Estado, que cada vez es más grande y abarca y controla más y más actividades, en base a los adelantos tecnológicos² y a desarrollos legislativos, algunos de estos últimos, en mi concepto, altamente inconvenientes y violatorios, en muchos casos, de derechos individuales, ha concentrado un volumen de información y de poder infinito, con un agravante que considero maléfico: el Estado son, en un momento determinado, las personas que están en el gobierno o están en el poder. Y, ciertamente, al menos en nuestra época y en nuestro continente, no han venido honrando la importante misión que les fue encomendada por la ciudadanía.

En definitiva, en un mundo en el cual, supuestamente, campean los Derechos Humanos, en el que hay declaraciones de todo tipo y color, que provienen de los organismos internacionales más relevantes, que incluyen consagraciones cada vez más perfeccionadas, de varias generaciones de Derechos Humanos, el ciudadano común en la realidad cotidiana está absolutamente desprotegido, en ciertos aspectos, mucho más que antes.

Mi propósito es plantear algunas ideas, desde la perspectiva de la evolución del tema de los Derechos Humanos, desde aquel momento de las CIDIPs hasta hoy, y reflexionar acerca cómo está impactando y habrá de

¹ No me refiero a fenómenos voluntarios de pérdida de privacidad como el Facebook, ello lo dejo a la psiquiatría, que en su fase más intensa ya lo ha calificado como un trastorno de identidad disociativo, una especie de esquizofrenia posmoderna ...

² Un ejemplo de ello es “El Guardián” famosa tecnología de punta utilizada en USA (y denunciada, entre otros, por Snowden), quizás con cierta justificación por la lucha contra el terrorismo, pero que ha sido exportada a otros países que le han dado un uso abusivo, entre ellos el Gobierno de Brasil, y luego también Uruguay. El abogado Henry Clay Andrade, representante de la Asociación de Abogados de Brasil (OAB), presentó una acción de inconstitucionalidad contra el uso de El Guardián. Denunció que el sistema se había convertido en un “monstruo autoritario” que estaba realizando escuchas a civiles sin autorización judicial.

impactar esta realidad en los sujetos privados, en varios temas que tienen relación con el DIPr. Y sobre todo, crear conciencia del avance abrumador del poder del estado, en desmedro de los derechos individuales de las personas. También marcar un alerta para que se valore la importancia del estado de derecho. En ese derrotero habrán de edificarse las bases para la construcción del nuevo DIPr conformando la agenda en base al interés de las personas y teniendo presente siempre el equilibrio y la defensa de los derechos de estas, en especial, frente al estado.

Los tradicionales problemas que aquejan al DIPr, cual ley debe aplicarse, que juez es competente, y si mi sentencia será reconocida en el extranjero, que podríamos llamar problemas micro, deberían estar sostenidos y respaldados por un marco jurídico tanto nacional como internacional en el que tengan plena vigencia los principios y normas fundamentales que disciplinan el estado de derecho. ¿De qué sirve, por ejemplo, que un país centroamericano suscriba la Convención sobre responsabilidad parental, si en el caso concreto existe un alto funcionario gubernamental involucrado con su caso personal y evita con su poder que se responda siquiera a un exhorto? ¿O de qué sirve que haya un Tratado de protección de inversiones si cuando llega el problema del abuso sobre una inversión extranjera el Estado denuncia el tratado? Por supuesto que todo sistema tiene disfunciones, nada es perfecto. Pero, como veremos, cuando el grado de tolerancia normal a las disfunciones se sobrepasa o excede, entonces es el sistema en su conjunto que no está funcionando bien. Lo mismo sucede cuando se aprueban normas, en un frenesí legislativo y de tratados internacionales desatado en ciertas materias, que olvidan, dejan de lado y transgreden principios esenciales de derechos humanos.

2. Derecho internacional y derecho nacional, derecho público y derecho privado, Derechos Humanos y su omnipresencia. Una nueva realidad.

No es una novedad la interacción entre el DIPr y el Derecho internacional público y la influencia del derecho de los Derechos Humanos. No es necesario insistir en esto, baste mencionar que el DIPr se ha ocupado tradicionalmente de materias con contenido de derecho público (DIP procesal, DIP penal, DIP fiscal³) y que cada vez está destinado a hacerlo con mayor frecuencia.

³ Hablando de historia y de las CIDIPs este tema lo tenía muy claro ya, hace unas cuantas décadas, el Maestro Goldschmidt, que se refirió a él en varias ocasiones, por ejemplo, dedicó un capítulo en su obra *Derecho internacional privado al DIP fiscal* (p. 564) y también refiriéndose a otros temas, como el sucesorio (p. 358). El refería a la extraterritorialidad del derecho público y la territorialidad del derecho privado (p. 369). Ver, al respecto, W. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, 9ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2002.

Pero es bien claro que en los últimos años, estos temas han venido experimentando importantes cambios. Porque décadas atrás la concepción que existía acerca de estas materias, integradas por normas de derecho público, era la de que este derecho era territorial y el que podía ser extraterritorial era el derecho civil, el comercial, el de familia. Hoy existen algunos ejemplos de posibilidad de aplicación extraterritorial de la ley procesal⁴, el “síntoma de la internacionalidad” ha atacado fuerte también al derecho penal que se ha alejado aquella concepción tradicional de territorialismo estricto de mediados del siglo pasado⁵. Al mismo tiempo, a partir de determinadas circunstancias económico políticas que se dieron en los últimos tiempos, el DIP fiscal ha pasado a ser también objeto de un alto grado de internacionalidad, y, consecuentemente, de posibilidad de aplicación de la ley fiscal en el extranjero. Tan territorial era la concepción fiscalista tradicional, que en la mayoría de los tratados sobre cooperación penal y extradición se excluía expresamente a los delitos fiscales⁶. Sin embargo esta situación viró radicalmente en pocos años en nuestra región, pasando a ser, el tema de la internacionalidad fiscal, un tema bien trascendente. Volveremos sobre este punto más adelante, porque constituye, en mi opinión, uno de los temas más ostensibles en materia de aprobación de normativa violatoria de los principios de Derechos Humanos.

Se viene dando pues, en mi opinión, un fenómeno que podemos llamar de “internacionalización de los derechos públicos”, que implica o conlleva cierta vocación extraterritorial de derechos que antes se consideraban estrictamente territoriales, los cuales, por esa misma razón, tienden a invadir –hoy más que antes- la esfera de acción del DIPr; y el DIPr debe comenzar a ocuparse de ellos. Pues a la vez que pretenden cierta aplicación extraterritorial, en algunos casos en forma incipiente y limitada, y en otros no tanto, ello les lleva de manera inevitable a “enlodarse” con todos los tradicionales problemas del DIPr. Y, ciertamente, se han encontrado con un DIPr en algún aspecto, bastante moderno y maduro, impregnado como todas las materias jurídicas, de los temas de derechos humanos.

Con referencia a ello puede decirse que si hay un tema que, como pocos, constituye opinión pacíficamente aceptada, es la creciente influencia

⁴ Ya los hay en la Convención sobre recepción de pruebas en el extranjero, pero también es posible en materia de notificaciones, en materia de audiencias en tiempo real con personas ubicadas en diversos países, etc.

⁵ El Tratado de Roma de la Corte Penal Internacional, algunos tratados de cooperación penal, la misma tipificación de algunos delitos de “lesa humanidad”, o, inclusive, de narcotráfico y terrorismo, y unas cuantas decisiones jurisprudenciales son demostración suficiente de este proceso.

⁶ Esta tendencia se mantuvo hasta hace poco, véase, por ejemplo, que el mismo Protocolo de San Luis sobre asistencia en materia penal del MERCOSUR, habilitaba a los Estados requeridos a denegar la asistencia si el pedido tenía que ver con un delito tributario (artículo 5, numeral 1, literal c).

de los derechos humanos en el DIPr, en la redacción, aplicación e interpretación de todas sus normas, ya sea de fuente nacional o internacional, en las soluciones jurisprudenciales y en la doctrina. Todo esto de suerte que ya los esfuerzos por distinguir derecho nacional de internacional, público de privado, y normas nacionales o internacionales de derechos humanos, resultan tan agotadores como muchas veces innecesarios⁷. Uno de los fallos señeros en América en relación a esta tendencia fue pronunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2006 de “*Almocid c/ Chile*”⁸, que consagró el llamado control de convencionalidad, es decir la obligación de los jueces locales de aplicar su ley, pero controlando que la misma no contravenga principios fundamentales de Derechos Humanos, en cuyo caso tienen la obligación de desaplicarla⁹.

El DIPr ha sido fundamentalmente, como lo indica su nombre, parte del derecho privado. El derecho privado todo ha sufrido, en los últimos años, el llamado proceso de constitucionalización. La doctrina habla del pasaje de la etapa del “Estado legalista” a la de “Estado constitucional”. En este proceso han sido fundamentales, por constituir la parte esencial del mismo, los derechos humanos. Ya sea en el derecho de familia, también muy especialmente en el derecho de los contratos, y en muchas otras ramas, propias del derecho privado, la incidencia de los principios generales, sobre todo de rango constitucional, como el del abuso de derecho, la buena fe, y otros, aún en desmedro de la letra del contrato, se vienen abriendo paso desde tiempo atrás. Y no solo en materias sensibles, sociales, laborales, o de contratos entre partes fuertes y débiles como las relaciones de consumo, sino aún en otros ámbitos se ha abierto un amplio campo a cierta discrecionalidad judicial en la búsqueda de la Justicia (activismo judicial), más que en la aplicación estricta del pacto entre las partes¹⁰. Ha comenzado a primar el llamado “diálogo de fuentes” a partir del cual para encontrar las soluciones a los problemas, lejos de buscarse en una norma o artículo determinado o concreto, deben tenerse en cuenta los principios y normas de derechos humanos (internacionales y nacionales), la Constitución, los principios generales de derecho, etc. Claro que, como bien se señala, esta dimensión

⁷ Todo se ha mezclado, como en “Cambalache”.

⁸ www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

⁹ Ver en particular el numeral 123 del fallo.

¹⁰ El Dr. Carlos De Cores nos menciona la literatura jurídica anglosajona, que con el tema de las relaciones de consumo distingue los contratos B2B (business to business) de los contratos B2C (business to consumer); pero nos advierte a continuación que la nueva visión distingue una nueva categoría, a partir de la diferenciación entre las mayúsculas y las minúsculas: contratos B2B y contratos B2b, en el primer caso la relación es entre empresas de la misma talla y en el segundo entre una empresa grande un una pequeña. La nomenclatura es más rica aún, fórmula más distinciones, inclusive entre los sujetos privados que no son empresas. Ver C. DE CORES, “Pasado, presente y futuro de la teoría general del Contrato”, *La Justicia Uruguaya*, t. 146, p. 261.

adolesce de cierta nota de indeterminación y ambigüedad que distingue a los valores y principios frente a las normas¹¹.

Se vive pues una nueva época en materia de interpretación y aplicación del derecho, a la que el DIPr no es ajeno, en la cual han pasado a primer orden, las normas y principios fundamentales, no solo de derechos humanos, sino también los que derivan de aquellos y pertenecen a cada materia. No en vano en los últimos tiempos se ha prestado, en ámbitos y en materias bien diversas, especial atención a los Principios¹². No obstante, como veremos, el fenómeno no es unidireccional, pues pareciera que deberíamos estar en el mejor de los mundos, sin embargo emergen importantes desarrollos normativos que, a mi entender, chocan con algunos de los más caros principios en materia de derechos humanos.

A su vez, en los últimos años, se observan nuevas circunstancias, que van de la mano con lo que algunos han llamado gobernanza global, o sea la comprobación de que en el mundo moderno, en especial en los temas derivados de las nuevas tecnologías, se han incorporado múltiples “jugadores” a la elaboración normativa: los estados siempre estuvieron, las organizaciones internacionales también, pero importantísimos sectores del quehacer humano se manejan con normativa elaborada por entidades particulares: derecho deportivo, internet, activos digitales, son apenas algunos ejemplos de esta realidad.

No se trata de que a uno esto le parezca mal o bien, simplemente es la realidad, como todo, tiene algunas cosas buenas, fantásticas podría decirse, y otras no tanto. Entre estas últimas, me preocupa realmente, la situación que se está dando, con respecto a determinados sectores que aparece como auto regulados, pero que cuando el sistema jurisdiccional por pedido de alguna persona presuntamente afectada intenta entrar en funcionamiento, no tiene los medios para llegar a la Justicia efectiva (como es el caso de los cripto activos). Me consta que las organizaciones internacionales están realizando importantes esfuerzos por regular estos fenómenos, para dotarlos de previsibilidad y certeza, pero la tarea no está resultando sencilla. En estos casos lo que puede estar en crisis es, nada menos, que el derecho de Acceso a la Justicia.

II. Las CIDIPs y su valioso legado

¹¹ C. DE CORES (nota 10), p. 260.

¹² Tenemos los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, los Principios de ALI/UNIDROIT en materia de derecho procesal, los Principios de La Haya sobre la elección del derecho aplicable en los contratos internacionales, los Principios internacionales de insolvencia transfronteriza, los Principios de ASADIP en materia de derecho procesal internacional, etc., muchos de los cuales han sido incorporados o toman forma a través de Leyes Modelo.

1. La época

Es claro que para realizar cualquier evaluación, o crítica, o comentario sobre cualquier proceso, es necesario ubicarlo dentro de su contexto histórico. Ya he dado, en más de una ocasión, mi opinión acerca de la obra de CIDIP, en el sentido de que ha constituido una obra de alta calidad técnico jurídica, caracterizada por un gran equilibrio en sus soluciones, y además, en algunos casos, un muy buen ejemplo de entendimiento y consenso entre culturas jurídicas diferentes (*common law* y *civil law*), situación muy difícil de superar, aún hoy¹³. Muchas de las soluciones de las CIDIPs han influido positivamente y forman parte hoy del DIPr nacional de diversos estados de la región.

El proceso de las CIDIPs comenzó a gestarse en los primeros años de la década de los '70, cuando, precisamente, el estado de derecho no era lo que imperaba en la región, sino, por el contrario, había gobiernos de fuerza, ya sea de tipo caudillista o dictaduras militares, en la mayor parte de los estados, que sufrían quiebres institucionales. Es decir, esta verdadera lucha por el derecho, y porque el derecho y el Acceso a la Justicia no se detuvieran por las fronteras de los Estados, comenzó a gestarse, paradójicamente, en un ámbito en el cual el derecho y el estado de derecho, en realidad, no existían. Supuso, de algún modo, una reacción de un grupo de hombres y mujeres, la mayoría de ellos profesores de derecho, y por lo tanto sujetos de padecimientos, que dentro de su ámbito lograron plantar una semilla para comenzar a caminar en la dirección correcta. Y vaya si esa semilla dio sus frutos. Podría decirse que recién para la cuarta CIDIP la lucha por la democracia y el respeto por los derechos humanos había logrado imponerse en la mayoría de los estados de la región.

Estas circunstancias, de la obra y su tiempo, no son para nada ajenas a la misma, sino que están patentes en todas las convenciones. En cada norma, en cada artículo, se descubre como preponderante la preocupación por la defensa del derecho de las personas, destinatarias naturales de estas normas: por el que tiene que ejecutar una sentencia extranjera (definitiva o cautelar), pero también por el que debe sufrir la ejecución, por la libertad de comerciar, pero también por los eventuales derechos de los terceros y los del estado a percibir sus impuestos¹⁴, por el acreedor alimentario y por quién debe

¹³ Los esfuerzos por suscribir acuerdos en materia de jurisdicción y eficacia de la sentencia extranjera entre la Unión Europea y Estados Unidos son un claro ejemplo de ello, apenas si se logró, luego de muchos años, el acuerdo de elección de foro. Hoy en día, a través de la Conferencia de la Haya, se ha llegado con mucho esfuerzo a suscribir un instrumento global, la Convención de eficacia de las sentencias extranjeras, esperemos que el número de ratificaciones vaya en aumento.

¹⁴ En esta materia es notable la vigencia de la Convención de sociedades mercantiles, como veremos más adelante. Desde los líos de los "Panamá Papers" hasta la decisión de agosto de

aportar los alimentos, etc. etc. Podría dar muchísimos ejemplos sobre esta preocupación, pero como para muestra basta un botón, daré uno que contrasta fuertemente con ella. Años después, ya supuestamente consolidados los procesos democráticos en la región, en el ámbito de otro proceso codificador como fue el del MERCOSUR, se suscribió el Protocolo de San Luis de asistencia jurídica mutua en asuntos penales. Allí ya no existía casi –porque era otra época- la preocupación acerca del estado de derecho y el respeto por los derechos de las personas, tanto que, en dicho Protocolo, no solo no se previó ningún tipo de posibilidad de defensa por parte del particular afectado, sino que además se le prohibió expresamente¹⁵.

No insistiría tanto en este aspecto, si no fuera porque este “pequeño síntoma” que registra el Protocolo mercosureño, con el tiempo se ha ido agravando, me refiero a la aprobación de normas nacionales e internacionales que se olvidan de marcar claramente la defensa de los derechos de los destinatarios, y a mi entender, tiene ya, en ciertos casos, las características de una incipiente epidemia, como veremos más adelante. Hoy, si bien ha menguado la existencia del problema de los gobiernos de fuerza al estilo década del ‘70, existen, como veremos, otras formas de desconocimiento de los derechos humanos, que parten, eso sí igual que antes, de un exceso en el poder del Estado.

2. El gran equilibrio

No es este el sitio para hacer una evaluación general de la obra de CIDIP, la que, por otra parte, ya se ha hecho en múltiples ámbitos. Es solo mi propósito marcar ciertos rasgos de la misma. Ya mencioné su calidad técnico jurídica, refiero con ello a la justeza y precisión del lenguaje, a la simpleza y brevedad de las disposiciones, a la concreción y claridad de los conceptos, todas las normas son de fácil lectura y rápida comprensión, no me refiero solo a los iniciados en el DIPr, sino a los estudiantes, por ejemplo, y también a los demás prácticos del derecho que pueden no conocer la materia (escribanos,

2016 de la Unión Europea (la Comisión de Competencia) que condenó a Apple a abonar millones de dólares por haberse establecido en Irlanda buscando una ventaja fiscal (disponible en: <http://www.bloomberg.com/news/articles/2016-08-30/apple-s-14-5-billion-eu-tax-ruling-what-you-need-to-know>), son atrapadas por aquella realidad que la vieja Convención intentó regular, y sobre la que todavía no hay solución clara. Los dilemas que seguramente le quitaban el sueño al Maestro internacionalista brasileño Haroldo Valladao en 1975, son bien similares a los argumentos que en pro y en contra de la mencionada decisión están discurriendo en la mente de los abogados de Apple encargados de impugnar la misma.

¹⁵ El mencionado Protocolo fue suscripto el 25 de junio de 1996, y nada menos que en su primer artículo, numeral dos, establece, mi juicio de manera insólita: “2. Las disposiciones del presente Protocolo no confieren derechos a los particulares para la obtención, supresión o exclusión de pruebas, o para oponerse al cumplimiento de una solicitud de asistencia”.

abogados, jueces, fiscales, etc.). Es muy común ver textos normativos - inclusive actuales- con disposiciones demasiado extensas, en las que abundan las excepciones, y luego están las excepciones a las excepciones, de modo que tanto la lectura como la interpretación se toman sumamente difíciles y complejas.

A la calidad técnico jurídica debe agregarse, la que sea quizás, una de las virtudes más importantes, a mi entender, de la obra de CIDIP, que es el gran equilibrio de las soluciones. Este equilibrio se manifiesta en diversos sentidos: por un lado, por ejemplo, en las convenciones de derecho procesal, entre la parte que solicita la medida de cooperación y el que debe padecerla; pero también en los roles tanto de la ley como del juez exhortante y exhortado.

Por otro lado muchas de las convenciones marcan tendencia a la búsqueda de ese equilibrio y entendimiento entre sistemas diferentes (*civil law* y *common law*). Ejemplo de ello son la Convención de normas generales en su artículo 9, la Convención de poderes que tuvo ese fin de congeniar dos sistemas diferentes, y también algunas disposiciones de las convenciones de derecho procesal, como el artículo 9 de la Convención sobre recepción de pruebas en el extranjero, que permite –pero no obliga- a los estados a rehusar exhortos de prueba en casos de *pre-trial discovery of documents*. Esta norma, en combinación con la del artículo 3 de la Convención de normas generales sobre institución desconocida, constituye una muy clara demostración del equilibrio del que hablo, del gran esfuerzo por articular soluciones que permitan o propicien entendimientos entre sistemas o concepciones diferentes.

También podemos hablar del gran equilibrio existente en otras convenciones, entre los valores e intereses en juego: por ejemplo en la Convención de sociedades mercantiles, se da un particular equilibrio entre la libertad de comercio (la sociedad se regula por la ley de constitución y cada quién puede constituir la donde quiere), y la protección, por un lado, del derecho de los terceros, y por otro y de los Estados donde se ejerce efectivamente el comercio. La temática esencial que las normas de esta convención pretendieron comenzar a solucionar, está aún hoy, 40 años después, muy lejos de haber sido zanjada, muy por el contrario, se ha enriquecido y complicado, conformándose una espesa trama de intereses y normas tanto nacionales como internacionales. Pues ya no se trata solo del dilema entre la libertad personal y de comercio y la búsqueda del orden jurídico más favorable para radicar una sociedad o una inversión, y el derecho del estado a recibir sus impuestos. Están en juego también los derechos de los terceros, la confidencialidad de los dueños reales o, como los llaman ahora, “beneficiarios finales”, por razones de que a veces se utilizan las sociedades y su radiación en el extranjero con fines delictivos.

En fin, en otro tema harto delicado como pocos, el de la adopción internacional, es muy clara la búsqueda del equilibrio entre las leyes y autoridades del adoptante y del adoptado, dando preeminencia a estas últimas, sin duda la parte más comprometida de la relación.

3. La visión de futuro

La evaluación de la obra de CIDIP conforme a su época y circunstancias, no nos impide el reconocimiento de algunos aspectos que denotan una extraordinaria visión de futuro. Las CIDIPs avanzaron en la regulación de normas procesales en toda la materia de cooperación, consagrando principios esenciales aún vigentes, la necesidad de modernización viene por el lado de las nuevas tecnologías y no por el lado de los temas básicos. Es obvio que las Convenciones de CIDIP no podían prever, por ejemplo, la trasmisión electrónica de exhortos, por la época en que fueron elaboradas. La era moderna no ha tenido que modificar un ápice los principios y normas consagrados en las Convenciones de CIDIP, solamente se han debido modernizar bajo las nuevas tecnologías de la comunicación, por ejemplo, a través del Protocolo de Medellín. O, también, la posibilidad de comparecer a audiencias a distancia (partes, testigos, peritos), lo cual facilita enormemente la realización de la Justicia.

En materia de sociedades la visión de futuro que supone la Convención de sociedades mercantiles es admirable. Como ya señalamos la lectura de sus disposiciones nos revela que en la referida Convención están presentes muchos de los problemas que aún hoy nos aquejan en la materia y para los que todavía no se ha arribado a una solución clara. Inclusive puede decirse que en relación a la solución de esos problemas, se marcó un camino que mantiene, aún hoy, a más de 40 años, increíble vigencia. La CIDIP incursionó también en el arbitraje internacional, cuando aún el tema no tenía el desarrollo y la importancia que tiene hoy en día en los negocios internacionales. Sin embargo, con gran visión de futuro, se aprobó una Convención específica, que sin duda constituyó un avance regional en la materia, más allá de la Convención de Nueva York.

Obviamente que algunos temas no fueron atendidos. Están aquellos cuya existencia no podría siquiera imaginarse en los comienzos, y que contribuyeron a la internacionalización creciente de la vida de relación, como por ejemplo internet, y las nuevas tecnologías de la comunicación.

En materia de domicilio, el proceso de las CIDIPs, teniendo sin duda muy en claro la importancia de esta conexión en todo el espectro del DIPr, le dedicó particular atención, al punto que se elaboró la Convención sobre domicilio de las personas físicas, reglamentándose allí también el domicilio de los menores, de los cónyuges, de los incapaces y de los diplomáticos. Pero

no se ocupó del tema del domicilio fiscal (ni personal ni societario), que constituye hoy un tema de primer orden de importancia.

III. La época actual

Cuando nos enfrentamos a la construcción del DIPr actual debemos tener en cuenta ciertas características de la época que están dadas, nos gusten o no, nos parezcan espléndidas o las aborrezcamos, para marcar extremos. Cuando me refiero a la construcción del DIPr quiero significar varias cosas: la elaboración normativa, ya sea nacional o internacional, las opiniones doctrinarias, la jurisprudencia estatal y arbitral, y en general todo el quehacer jurídico relacionado con nuestra disciplina. El DIPr ha crecido enormemente, ha cambiado sustancialmente en las últimas décadas, al punto que no hay demasiado acuerdo sobre sus límites que se sienten como difusos, sobre su verdadero alcance y su función.

En una rápida revista sobre las características de la época que nos toca vivir podemos relevar dos órdenes de consideraciones: algunos aspectos ajenos a lo jurídico, como la globalización, multiculturalidad, nuevas tecnologías, etc. y otros aspectos más específicamente relacionados con el derecho, como la constitucionalización, el avance de los principios, la creciente importancia de los Derechos Humanos, etc.

Sin duda la época es muy diferente a aquella que enfrentaron nuestros mayores cuando se sentaron a una mesa en Panamá en 1975, hace ya casi 50 años. Pero, como veremos, hay cosas que no cambian con el tiempo, la aventura humana tiene elementos que perduran a través del tiempo.

1. Globalización, multiculturalidad, internacionalización, nuevas tecnologías, el internet

No necesitamos ser muy explícitos cuando nos referimos a los conceptos del título, cuestiones muy comentadas que todos conocemos. Estos fenómenos, propios de esta época, están impactando fuertemente en diversos aspectos en relación con el DIPr. Formularemos simplemente alguna mención que nos parece relevante.

La primera refiere a la llamada multiculturalidad. El tema puede ser encargado desde diversos enfoques. Existe, por ejemplo, una diferencia entre las culturas o sistemas jurídicos entre el *common law* y el *civil law*, que, da la sensación, se vienen aproximando, no sin dificultades. No sucede lo mismo con otras culturas o familias jurídicas.

Está el tema de los fenómenos migratorios, que siempre han existido y a los cuales el DIPr les ha dedicado, tradicionalmente, particular atención.

Hoy estos fenómenos han adquirido ciertas características especiales, se han incrementado adquiriendo una mayor dimensión por el desarrollo de las comunicaciones, el internet y los medios de transporte. El mundo desarrollado recibe la inmigración del tercer mundo, en algunos casos, como en Europa, con características dramáticas en todos los sentidos¹⁶. Pero también se da en América, especialmente desde los países más cercanos a Estados Unidos y Canadá. Estas situaciones marcan la vida de estas personas con un muy fuerte ingrediente de internacionalidad, y ya están impactando fuertemente, en relación a su estatuto personal, en el derecho de familia, en el derecho laboral, también en el derecho penal, etc.

El tema que marca la mayor diferencia con el pasado reciente es sin duda el de la Internet y las nuevas tecnologías referentes a la comunicación¹⁷. El mundo digital, la informática, los teléfonos celulares, todos inventos fantásticos de esta época, han dotado al mundo de una peligrosa y deformante uniformidad muy alejada de los valores¹⁸. Sin perjuicio de ello permiten y favorecen la internacionalización de la vida de relación en todos los aspectos, y, en forma concomitante, despliegan sus efectos en todas las ramas del derecho. Los casos o temas de DIPr han crecido en forma exponencial, lo que ha estado demandando una respuesta regulatoria que el DIPr está aún muy muy lejos de satisfacer. En muchos casos con el desarrollo del mundo virtual nos hemos quedado sin “*sitz*” (Savigny *dixit*). Si pudiera medirse y compararse la velocidad de aparición de nuevos temas y necesidades regulatorias, con la de producción normativa tanto interna de los estados como internacional, esta última sin duda quedaría muy atrás. Ello a pesar de que la necesidad de regulación frente a la imposibilidad de acometer el fenómeno con soluciones tradicionales (Tratados) ha echado mano a “nuevos instrumentos”, como las Leyes Modelos y la consagración de Principios en diversas materias (*soft law*).

Sucede también que, salvo en aspectos muy específicos, el interés y actividad regulatoria por parte de los estados, en general, carece por completo tanto de brújula como de timón, queda a veces a merced de impulsos personales, o, lo que es peor, las decisiones se toman y los recursos se dirigen por razones de supuesta sensibilidad social, o bien por otras aún más alejadas de las necesidades de los sujetos destinatarios. Justo es también mencionar

¹⁶ Me refiero tanto a inmigrantes del norte de África que cruzan en barcos huyendo de los horrores de la guerra, como al choque cultural con los fundamentalistas islámicos.

¹⁷ La Profesora Escribana Carmen González, que prepara su tesis sobre el tema, brindó días pasados en una sesión especial en el seno del Instituto de Derecho Internacional Privado de la Universidad de la República (UDELAR), una estupenda charla sobre las nuevas tecnologías y su impacto en el DIPr, en la que se marcó algunas tendencias jurisprudenciales sobre el tema.

¹⁸ El admirable físico Albert Einstein con su formidable inteligencia y visión ya había predicho que: “Temo el día en que la tecnología sobrepase nuestra humanidad. El mundo solo tendrá una generación de idiotas.”

que, desde los organismos internacionales especializados, se realizan grandes esfuerzos por dotar de rumbo cierto a los esfuerzos de producción normativa.

2. La constitucionalización. Principios y normas. Justicia y certeza. Autonomía o intervencionismo. El avance de los Derechos Humanos y su impacto en el DIPr

Como lo expresáramos al comienzo de este trabajo, los más modernos desarrollos jurídicos se caracterizan por ciertas notas distintivas: una de ellas es, como señalamos, el llamado proceso de constitucionalización, en el cual la Constitución deja de ser un texto tan elevado como alejado, referido exclusivamente al derecho público, y al que se presta atención fundamentalmente en cuanto refiere a las normas de organización del Estado, sus poderes y la relación entre estos. Modernamente los principios constitucionales, en especial los referidos a los Derechos Humanos, forman parte y tienen decisiva incidencia en el derecho privado todo, por lo tanto también en el DIPr.

Toda esta nueva concepción ha llevado al primer orden de consideración a los principios sobre las normas, al activismo judicial sobre el garantismo, y a la justicia sobre la certeza. Se marca también como tendencia moderna, sobre todo en materia de contratos, al intervencionismo sobre la autonomía. Intervencionismo estatal que se manifiesta tanto en la génesis del contrato, a través de disposiciones de orden público (interno), o en el juzgamiento a través de fallos que sobrepujan lo que es estrictamente voluntad de las partes. Se trata de posiciones y tendencias que, como en todos los casos, sufren marchas y contramarchas y tienen sus defensores y sus detractores.

De lo que nadie duda, como ya hemos señalado, es de la primordial y creciente incidencia de los Derechos Humanos en todas las ramas del derecho. Lo que sucede es que se invocan tanto y para tan diversas cuestiones, que muchas veces el tema pierde la fuerza que debería tener, se desdibujan sus contornos y aparece como gastado.

Esta situación en general no es ajena al DIPr, pues por ejemplo se han invocado los Derechos Humanos en materia de filiación internacional, y el “supremo interés del menor” o del niño, tanto para defender la maternidad fundada en los gametos como para defender la maternidad fundada en la gestación.

En cualquier caso la influencia de los Derechos Humanos en nuestra materia se manifiesta en toda la cadena del quehacer jurídico, desde la inspiración y creación de propuestas normativas, pasando por la aprobación de leyes y tratados, y terminando con la aplicación, interpretación e integración de las normas en cuestión. Por su parte doctrina y jurisprudencia

suelen recurrir, para sustentar sus trabajos y decisiones, al inmenso paraguas de los Derechos Humanos.

Paralelamente, la normativa de los Derechos Humanos se ha desarrollado en las últimas décadas, luego de la consagración de los derechos básicos en 1948 (vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad), hacia los de ulteriores generaciones. También han contribuido a ese desarrollo prestigiosas instituciones especializadas (Corte Interamericana, Tribunal Europeo, etc.).

Cualquier observador superficial podría decir que estamos viviendo en el mejor de los mundos, sin embargo no es así. Nuevas amenazas, nuevas formas de poder, el ejercicio mismo del poder y otras circunstancias hacen que, en mi concepto, estemos bien lejos del ideal.

3. Las preocupaciones y los nuevos desafíos. El poder infinito del Estado. La nueva normativa y los Derechos Humanos

La observación simplemente empírica de algunas situaciones que vienen desde el Estado, debe constituir, a mi juicio, motivo de gran preocupación. Como ya se expresó la creciente internacionalidad de la vida de relación, no es acompañada, ni mínimamente, por un proceso de gestación normativa acorde. No hablemos ya de la necesidad que tiene la región de avanzar, por ejemplo, en un acuerdo sobre jurisdicción, pero sí de otros temas que son de más fácil tratamiento y que, por tanto, debieran merecer alguna iniciativa de regulación: temas viejos como la sucesión internacional o la validez internacional de los testamentos, y otros nuevos como la regulación de la unión concubinaria, o la de la maternidad subrogada en el ámbito internacional, aguardan que alguien se ocupe de ellos. Me refiero fundamentalmente a la regulación de fuente internacional o sea a los tratados, es justo decir que algunos países –pocos- han actualizado su legislación de fuente nacional en los últimos años¹⁹.

Sin embargo, en otros ámbitos, que no refieren a las necesidades de las personas, sino a otros intereses, es dable observar una especie de frenesí normativo, tanto de fuente interna como internacional.

En el ámbito del derecho fiscal, por ejemplo, los últimos años nos han mostrado en muchos de los países de la región una preocupación particular, que se ha concretado en la aprobación de textos tanto nacionales como internacionales. Esta situación amerita algunas reflexiones, no solo porque la normativa fiscal, perteneciente al derecho público, está adquiriendo una impronta creciente de extraterritorialidad reservada en otras épocas al

¹⁹ Argentina con el nuevo Código y Brasil con la actualización de su regulación procesal y Uruguay con la sanción de la Ley N° 19.920, son buenos ejemplos de ello.

derecho privado²⁰, sino además porque la normativa que se aprueba está muy lejos de satisfacer los estándares mínimos en materia de respeto por los derechos individuales.

La situación se está tornando, a mi entender, bastante grave, en especial en los países de nuestra región. Es obvio que la razón de ser de la aprobación de tratados y leyes internas en el ámbito fiscal, parte de la necesidad de obtener mayor recaudación por parte de las arcas de los estados. A esta altura, las circunstancias me imponen la necesidad de tomarme una breve licencia temática, para incursionar fugazmente en el ámbito de la filosofía del derecho: en general los presupuestos de los diversos estados de nuestra región se han multiplicado, en los últimos 20 años, en términos de dólares entre tres y seis veces. Pero, lamentablemente, los recursos -que crecieron en la misma proporción-, en su mayor parte, no han ido donde debieron, sino que han sido derivados en muchas ocasiones, o bien a medidas demagógicas, o bien se han perdido por causa de la corrupción²¹. Lamentablemente el Derecho fiscal aún no se ha ocupado de estos temas, que son bien trascendentes, y que tienen que ver con el concepto de “legitimidad fiscal”, es decir con el concepto sustancial que otorga legitimidad para cobrar impuestos a estados que utilizan los recursos públicos como se debe.

Volviendo a lo nuestro, la normativa fiscal nacional e internacional que se ha aprobado en los últimos años, le ha dado a esta rama del derecho público, como ya señalamos, una nota de extraterritorialidad que no era usual, pero además se trata de una normativa incompatible, en muchos casos, con los derechos individuales de las personas. Podría dar muchos ejemplos de este tipo de normas, por razones de espacio habré de centrarme en uno que considero paradigmático, que es la Convención sobre asistencia administrativa mutua en materia fiscal, surgida en el ámbito de la OCDE²². La referida Convención tuvo su origen en Estrasburgo en el año 1998, forman parte de ella muchos países europeos, pero su texto fue ajustado en junio del

²⁰ Basta leer, por ejemplo, la Convención sobre asistencia administrativa mutua en materia fiscal, para comprobar que hasta la “matriz regulatoria”, se asemeja, no solo en su estructura sino también hasta en su lenguaje y algunos de sus detalles, a la regulación de la cooperación judicial.

²¹ Todos debemos pagar nuestros impuestos, para que el Estado pueda cumplir sus fines, entre ellos el papel igualador, las políticas sociales, etc. Pero no para las monjitas del Convento en el cual se escondían paquetes con dólares, ni para el Lava Jato, Petrolao, Mensalao, o Ancap o Pluna o el Tres de los pueblos libres.

²² En los últimos años ha adquirido un protagonismo inusitado la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico) organismo intergubernamental conformado por los países de Europa fundamentalmente, con sede en Francia. Entre todos sus objetivos, ha concentrado sus esfuerzos en la materia fiscal, siendo su intervención cada vez más decisiva en la materia en nuestra región.

2011, para su “exportación” a América²³. Quizás esa sea la razón de su matriz regulatoria, fue concebida para administraciones tributarias más legítimas, más transparentes, y más respetuosas de los derechos de las personas, lo que no acontece en nuestra región.

Se trata, como su nombre lo indica, de una Convención sobre asistencia administrativa, su primer artículo dice que “(...) la asistencia puede incluir, de considerarlo apropiado, medidas adoptadas por órganos judiciales”. Más allá de que no aclara quién, bajo qué condiciones y en qué circunstancias, se evaluará lo apropiado, es claro que está pensada para la cooperación “fuera del ámbito judicial”. Serán los publicistas quienes puedan analizar con mayor rigor científico esta cuestión, pero normalmente el derecho fiscal está basado en normas de rango legal, y los trascendentes derechos que se ponen en juego en este tipo de cooperación, deben estar reservados a la consideración de los jueces. Si existiere alguna duda sobre esto último, el artículo 2 se encarga de disiparla, pues refiere estrictamente a la cooperación administrativa, y sin embargo ejemplifica no solo con intercambio de información y auditorías fiscales, sino también con asistencia en el cobro y el establecimiento de medidas cautelares y también la notificación y traslado de documentos. Al menos en Uruguay estas normas padecen de una muy clara inconstitucionalidad, más allá de que formen parte de un tratado internacional.

Toda la estructura del Tratado y sus términos son similares a los tratados de cooperación judicial internacional, hay estado requirente y estado requerido, y se establecen las formas de asistencia, entre ellas, el intercambio de información, auditorías fiscales simultáneas, auditorías fiscales en el extranjero, asistencia en el cobro, medidas precautorias, y se establecen requisitos muy simples al efecto. Más adelante aparece, en forma bastante tímida, la defensa de la confidencialidad, y se consagra una especie de principio de la especialidad (comparando con la extradición). Aparece también una referencia a “procesos” que no es clara.

No se trata de hacer un análisis detallado de esta Convención, sino de marcar ciertos aspectos que, en mi concepto, la alejan de los tradicionales principios de la separación de poderes y el respeto por los derechos de las personas, que normalmente los estados democráticos confían a los jueces.

Confieso que puede existir en mi ánimo cierta subjetividad, por la desconfianza de los organismos fiscales de la región, que han cometido y continúan cometiendo todo tipo de abusos, y por el mal uso de este tipo de herramientas jurídicas que se suele hacer en nuestros países. Lo cierto es que este tipo de normativa, en manos de los órganos fiscales regionales, en el

²³ Varios países de América han sido “persuadidos” de la conveniencia de suscribir esta Convención en los últimos tiempos y así lo han hecho, México, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Uruguay y algunos de Centro América. Forman parte de la misma hoy más de 100 Estados.

estado actual del desarrollo de la tecnología informática, seguramente ha de dejar a las personas físicas y jurídicas privadas en el más absoluto desamparo e indefensión. Y constituye una especie de degradación del estado de derecho. La sola mención de la expresión “cooperación administrativa”, que es el título de la Convención, debe ponernos alerta, más aún cuando se trata de pedidos de información, de auditorías fiscales en el extranjero, de medidas cautelares, etc.

Aún con todos los problemas que padecen, igualmente, los órganos judiciales son los más apropiados para confiarles este tipo de cuestiones, bien delicadas, en las cuales se enfrentan el Estado y los particulares, que tienen clara desventaja. Por supuesto que esta confianza los poderes judiciales de la región deben merecerla, perfeccionarse, especializarse, despejarse de todo tipo de sospechas de corrupción y con ellos las autoridades centrales, que tienen ya, dada su especialización, un destino histórico de colaboración con la justicia.

IV. Reflexiones Finales

Como dijimos a lo largo de este trabajo, aquellos nuestros Maestros hacedores de las CIDIPs (y también impulsores de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado -ASADIP-) enfrentaron sin duda épocas y desafíos diferentes, pero la “aventura humana” siempre tiene algo perenne. No me cabe la menor duda que una de sus mayores preocupaciones era la vigencia de los derechos humanos, la vigencia del estado de derecho, tanto en sus respectivos países como en el orden continental, todo ello llevado al ámbito del DIPr, para que la justicia y el derecho no tuvieran, en las fronteras de los estados, una limitante más. Para quién tuviera que demandar a personas de otro país, dispusiera de la normativa básica del exhorto, para que el acreedor alimentario pudiera satisfacer su derecho, etc. Lo hicieron sin duda muy bien, paso a paso, fueron construyendo un muy valioso sistema de normas supranacionales, en los ámbitos que más las necesitaban o en los espacios que pudieron explorar, no olvidemos que siempre la inclusión de cualquier tema en la agenda de la CIDIP siguiente significaba una ardua lucha.

Hoy en día nuestra generación -y las que siguen- transitan otra época y, seguramente, otros desafíos, para la construcción del nuevo DIPr; uno de las características de esta nueva época es el desarrollo y creciente influencia de los derechos humanos. Parecería entonces que el tema del estado de derecho y los derechos humanos no deberían preocuparnos. Sin embargo el fantasma de los que tienen circunstancialmente el poder (léase los gobernantes de turno, en especial los poderes ejecutivos), no se ha esfumado para nada, sino que viste nuevas ropas. En definitiva la condición humana no ha variado, y siguen siendo, ahora como antes, el derecho, el sistema jurídico

y las garantías judiciales, la protección última de los más débiles, que son en definitiva todos los ciudadanos que no ejercen el poder, en especial cuando deben enfrentarse al Estado. Hoy el ataque a los derechos individuales es diferente, más disimulado, más imperceptible, más difuso, menos “físico”, más disfrazado, pero no demasiado menos feroz. Y el acceso a la Justicia, nos referimos a una Justicia verdaderamente independiente y de buen nivel técnico, sigue siendo un problema de primer orden de nuestra preocupación y de nuestra agenda.

Nuestra preocupación debe centrarse entonces, hoy como ayer, en cuidar que el sistema garantice el mayor respeto por los derechos de las personas. Y que los esfuerzos regulatorios se dirijan hacia donde deben, privilegiando el interés real de la gente (y no el beneficio y la comodidad de las cúpulas), y que la normativa que se apruebe, observe estándares mínimos en materia de derechos humanos, y también en materia de sobriedad republicana y democrática. Espero que podamos estar a la altura.

El orden público internacional, la flexibilización y los Derechos Humanos en el legado de CIDIP

Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE*

Sumario: I. Evolución metodológica en el DIPr interamericano a partir de CIDIP. 1. Conflictualismo materialmente orientado pero reglado 2. Los criterios del art. 9 de la Convención interamericana sobre normas generales de DIPr. II. El orden público internacional en CIDIP. 1. Orden público internacional y orden público interno. 2. La norma general sobre la excepción de orden público internacional. 3. La Declaración de Uruguay acerca del alcance que le otorga al orden público. 4. El orden público internacional en el Proyecto de Ley General de DIPr. III. La transición del DIPr hacia valores materiales. 1. La defensa de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución al resolver casos de DIPr. A) A través de la excepción de orden público internacional. B) A través de la eficacia directa de las normas constitucionales sobre Derechos Humanos. C) Control de constitucionalidad de las normas de DIPr y sus puntos de conexión. D) El ineludible enfoque neo-constitucionalista y el DIPr. 2. El rol de las convenciones e instrumentos de derechos humanos en la jurisprudencia de DIPr. IV. La influencia de los Derechos Humanos en la obra codificadora de CIDIP. 1. La Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores. 2. La Convención interamericana sobre restitución internacional de menores. 3. Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores. 4. Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias. 5. Convención interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras. V. Conclusiones.

I. Evolución metodológica en el DIPr interamericano a partir de CIDIP

1. Conflictualismo materialmente orientado pero reglado

Los 49 años transcurridos desde el comienzo de la codificación interamericana desarrollada por la OEA a través de la CIDIP muestran una evolución destacable del DIPr, que sin abandonar por cierto el método conflictualista de elaboración normativa, lo flexibiliza de forma valorativa o materialmente orientada. Esta técnica metodológica plural permite al juez

* Profesora de Derecho internacional privado. Directora de la Escuela de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Ex Directora del Instituto Uruguayo de Derecho Internacional Privado. Delegada en CIDIP-IV, V y VI. Relatora en CIDIP-VI. Vicepresidenta del Comité Jurídico Interamericano.

superar los inconvenientes que puede plantear el método atributivo clásico, que brinda una justicia formal, pero cuya aplicación mecánica puede conducir al juez a un resultado injusto en el caso concreto desde el punto de vista sustantivo¹. Esta tendencia flexibilizadora no es arbitraria sino reglada mediante criterios rectores concretos, consagrados con alcance general en el art. 9 de la Convención interamericana sobre normas generales de DIPr (CNG)² y con alcance particular en algunas normas sustantivas incluidas en las diversas Convenciones interamericanas reguladoras de temas específicos³. Queda así en manos del decisor la interpretación y aplicación de las normas de forma razonable y conforme a criterios convencionales unívocos.

2. Los criterios del art. 9 de la Convención interamericana sobre normas generales de DIPr

El art. 9 de la CNG introduce elementos valorativos y teleológicos en el sistema de conflicto clásico, indicándole al juez que deberá tratar de realizar “las políticas perseguidas” por las legislaciones y las “exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”⁴. Esto no es sustancialmente nuevo, ya que cuando los jueces –sea que pertenezcan al sistema del *common law* o al continental romanista- advierten que el normal funcionamiento del sistema de conflicto los conduce a un resultado injusto en el caso concreto, recurren a mecanismos de ajuste o *escape devices* que en esencia les son comunes, como la calificación, el reenvío, la cuestión previa, el orden público internacional y

¹ R. HERBERT / C. FRESNEDO de AGUIRRE, “Flexibilización teleológica del Derecho Internacional Privado latinoamericano”, en: Kleinheisterkamp, J. / Lorenzo Idiarte, G.A. (Coords.), *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina. Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, FCU / Max Planck Institut, 1ª ed., 2002, pp. 55-76.

² Art. 9: “Las diversas leyes que pueden ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica serán aplicadas armónicamente, tratando de realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones. Las posibles dificultades por su aplicación simultánea se resolverán tratando de realizar las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”. Ver sobre el tema: C. FRESNEDO de AGUIRRE, *Derecho Internacional Privado*, t. I, Parte general. Jurisdicción estatal y arbitraje, 2ª ed., Montevideo, FCU, 2024, pp. 444-448 y G.A. LORENZO IDIARTE, *Derecho aplicable al transporte multimodal entre Uruguay y los demás países integrantes del MERCOSUR*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 2005, pp. 110-113, analizando el art. 9 CNG como “fundamento normativo de una calificación funcional en el DIPr uruguayo”.

³ Así, por ejemplo, los arts. 12 a 16 y 19 de la Convención interamericana sobre adopción internacional de menores; los arts. 6, 8 y 9 de la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias; los arts. 7, 9 y 10 de la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales.

⁴ Esta norma refleja las tendencias impulsadas por Currie y Cavers en el derecho estadounidense contra el carácter abstracto y automático del sistema clásico imperante en el área latinoamericana.

el fraude a la ley, entre otros⁵. Lo que sí es novedoso es su positivización en una norma convencional, como la que comentamos.

Los criterios a tener en cuenta a la hora de aplicar en forma armónica los diversos derechos que resultan aplicables a los distintos aspectos de una relación –o más bien a una misma situación o caso-, intentan una aproximación de los sistemas continental y angloamericano, cuya importancia fue recalcada por el delegado venezolano en CIDIP II, Gonzalo Parra Aranguren⁶. Ello sin claudicar, como expresara Didier Operti Badán, del sistema jurídico latinoamericano conflictualista clásico (fundamentalmente los Tratados de Montevideo y el Código Bustamante) en favor del *common law*, cuya influencia se refleja no sólo en la obra de CIDIP sino también en la de la Conferencia de La Haya de DIPr⁷.

El art. 9 CNG debe interpretarse teniendo en cuenta el contexto en el que se inserta, la Convención interamericana sobre normas generales de DIPr, y el objeto que ésta persigue: “dar las pautas generales del DIPr, y su fin está en que se garantice el respeto hacia el derecho extranjero cuya realización es la meta de nuestra materia”⁸. La CNG está compuesta por un conjunto de normas atípicas; es una especie de “declaración técnica” indicativa de cómo deben aplicarse las normas de conflicto; y por lo tanto es independiente y universal, por lo que se aplica siempre que el Estado del juez sea parte de la misma, aunque los demás Estados involucrados en el caso no lo sean⁹.

II. El orden público internacional en CIDIP

1. Orden público internacional y orden público interno

⁵ Ya Q. ALFONSÍN en 1955 estudiaba en forma profunda los problemas de “Inadaptación entre los Derechos Privados Aplicables a la Relación”, que era el título del capítulo XXIII de su *Teoría del Derecho Privado Internacional*, Montevideo, Idea, 1982, que reedita la primera edición de 1955, pp. 613-636.

⁶ G. PARRA ARANGUREN, “La Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado (Montevideo, 1979)”, *Anuario Jurídico Interamericano*, Washington, OEA, Consultoría Jurídica, 1979, pp. 157-186, p. 184.

⁷ D. OPERTTI BADAN, “La codificación del Derecho Internacional Privado. Análisis comparativo de la labor realizada por la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya y por la CIDIP”, en: *España y la Codificación Internacional del Derecho Internacional Privado*, Terceras Jornadas de DIPr, San Lorenzo de El Escorial, 13 y 14 de diciembre de 1991, Madrid, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, pp. 261-283, en especial p. 282.

⁸ W. GOLDSCHMIDT, “Normas Generales de la CIDIP-II. Hacia una teoría general del Derecho Internacional Privado Interamericano”, *Anuario Jurídico Interamericano*, Washington, OEA, 1979, pp. 141-155, p. 150.

⁹ W. GOLDSCHMIDT (nota 9), p. 150.

Resulta de fundamental importancia desde el punto de vista del DIPr distinguir el orden público internacional del orden público interno, ya que sólo el primero habilita al juez a dejar de aplicar el derecho extranjero indicado por su norma de conflicto en los casos excepcionales en que la aplicación de dicho derecho extranjero contravenga principios fundamentales en los que el Estado del juez asienta su individualidad jurídica. Se trata de principios fundamentales que no pueden ser dejados de lado por la aplicación de un derecho extranjero¹⁰. Se trata de una excepción al normal funcionamiento del sistema de conflicto¹¹ y la correspondiente aplicación del derecho extranjero indicado por éste. Su alcance o ámbito de aplicación es más estrecho que el del orden público interno¹². Cabe destacar, además, que el mero hecho de que el derecho extranjero sea diferente al del juez no es razón suficiente para no aplicarlo. Por el contrario, el juez debe analizar si el resultado o los efectos de dicha aplicación son o no compatibles con los valores fundamentales y los principios que subyacen a su ordenamiento jurídico¹³.

El orden público interno, por el contrario, está compuesto por aquellas normas materiales internas de un Estado que no pueden ser dejadas de lado por la voluntad de las partes, es decir, que son indisponibles. Las diferencias y conflictos que pudiera haber entre estas normas y el derecho extranjero aplicable en virtud de la norma de conflicto no habilitan al juez a dejar de aplicar ese derecho extranjero. Si así fuera, el DIPr y sus mecanismos de identificación del derecho material nacional aplicable a través de las normas de conflicto de leyes carecerían de relevancia, ya que cuando el derecho extranjero fuera diferente al del juez, este dejaría de aplicarlo y aplicaría su propio derecho material interno.

¹⁰ R. RUÍZ DÍAZ LABRANO, *Derecho Internacional Privado*, Asunción, La Ley Paraguaya, 2010, p. 304, considera que el orden público internacional “comprende el conjunto de principios fundamentales y de justicia universal y que por ello se encuentran dotados de valor y consideración internacional, por lo que sólo ante normas extranjeras que de modo manifiesto atenten contra estos principios es posible invocar como excepción a su aplicación”.

¹¹ E. JAYME, “Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne”, *Recueil des Cours*, vol. 251, 1995, p. 228.

¹² K. MURPHY, “The traditional view of public policy and *ordre public* in private international law”, *Ga. J. Int'l & Comp. L.*, n° 11, 1981, pp. 591- 595, citando a Graveson, Ehrenzweig y Jayme, afirma que: “*The characteristic feature of public policy in Anglo-American conflicts law is the restraint with which it is employed*”.

¹³ T. JOHN / L. DELAHAYE, “The use of private international law escape devices to manage the mediate application of (foreign) human rights in civil and commercial disputes in Australia”, *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon*, Cambridge / Antwerp / Portland, Intersentia, 2013, pp. 235-252, p. 245. Los autores citan al Juez Cardozo, en “*Loucks v. Standard Oil Co of New York*” (1918) 224 N.Y.99, 111, quien afirmaba: “*We are not so provincial as to say that every solution of a problem is wrong because we deal with it otherwise at home*”.

En suma, es el orden público internacional el estrictamente relevante en los casos de DIPr, independientemente de cuándo y cómo opere y de cuáles sean sus efectos. El juez no puede rechazar la aplicación del derecho extranjero indicado por su norma de conflicto en base a su orden público interno. No obstante, las normas materiales internas reflejan la evolución de los principios fundamentales de un determinado Estado y por tanto podrían resultar relevantes para determinar el alcance del orden público internacional.

2. La norma general sobre la excepción de orden público internacional

El alcance del orden público fue discutido por primera vez en el ámbito de CIDIP¹⁴ durante la primera Conferencia Interamericana Especializada sobre DIPr, que tuvo lugar en Panamá en 1975, particularmente al analizar el art. 17 de la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias¹⁵. En dicha oportunidad se aprobó la fórmula incorporada en el art. 17 referido pero reconociendo el carácter necesariamente excepcional de su aplicación. Todas las Convenciones interamericanas aprobadas con posterioridad mantuvieron la fórmula del dicho art. 17¹⁶.

En la segunda Conferencia interamericana, que tuvo lugar en Montevideo en 1979, aunque esta vez apuntando a una fórmula general sobre el orden público a ser incluida en la CNG, se decidió mantener la redacción aprobada en Panamá¹⁷. No obstante, se logró a instancias de Goldschmidt incluir que la contravención manifiesta del derecho extranjero debía ser a los “principios” de orden público del foro¹⁸. Dicha referencia expresa a los “principios” mejoró la fórmula de Panamá ya que no permite interponer la excepción cuando el derecho extranjero sólo contraviene la norma que desarrolla los referidos principios¹⁹, y no los principios en sí mismos. La expresión “manifiestamente” señala el carácter absolutamente excepcional de

¹⁴ Ver G. PARRA ARANGUREN (nota 7), pp. 177-178, n° 22-23.

¹⁵ Art. 17: “El Estado requerido podrá rehusar el cumplimiento de un exhorto o carta rogatoria cuando sea manifiestamente contrario al orden público”. Ver en http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPI_doc_exhortos.htm

¹⁶ Así por ejemplo, el art. 7 de la Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de sociedades mercantiles, el art. 11 de la Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas y el art. 18 de la Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores.

¹⁷ Actas y Documentos Segunda Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-II), vol. I, Secretaría General OEA, Washington D.C. 2006, 1980, p. 288.

¹⁸ Art. 5 CNG: “La ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considerare manifiestamente contraria a los principios de su orden público”.

¹⁹ G. PARRA ARANGUREN (nota 7), p. 177, n° 22.

este mecanismo al que denominamos “excepción de orden público internacional”, y fue incluida a instancias de Valladão precisamente para restringir la tendencia natural de extender los casos en que la excepción podría operar²⁰. No obstante, la Delegación uruguaya no quedó totalmente satisfecha con la redacción del art. 5 y decidió efectuar una Declaración acerca del alcance que le otorga al orden público.

3. La Declaración de Uruguay acerca del alcance que le otorga al orden público

La Declaración²¹ tuvo por objetivo delimitar con claridad el alcance del orden público, destacando que la excepción refiere sólo al orden público internacional, el que no necesariamente puede identificarse con el orden público interno. Establece que la decisión del juez debe ser “no discrecional y fundada” y que la excepción sólo puede operar cuando “los preceptos de la ley extranjera (...) ofendan en forma concreta, grave y manifiesta, normas y principios esenciales de orden público internacional en los que cada Estado asiente su individualidad jurídica”.

Esta Declaración tiene carácter interpretativo y consiste en un acto unilateral que tiene como finalidad realizar una interpretación completa o parcial de un tratado y que no debe confundirse con una reserva²². En Uruguay esta Declaración constituye una regla de interpretación legal preceptiva, dado que fue aprobada por el parlamento conjuntamente con la Convención²³.

4. El orden público internacional en la Ley General de DIPr uruguaya

La Ley General de DIPr N° 19.920 fue aprobada el 17 de noviembre de 2020 y entró en vigor el 16 de marzo de 2021, derogando a la Ley N° 10.084 (Apéndice del Código Civil), de 1941. Sus soluciones reflejan no sólo las tendencias de la doctrina uruguaya más recibida sino también, en muchos casos, las soluciones consagradas en la obra de CIDIP. Ello ocurre en el caso del orden público, donde también ha tenido fuerte incidencia la Declaración de 1979, como puede apreciarse claramente en el art. 5° de la Ley, que se transcribe a continuación: “(Orden público internacional). Los tribunales u otras autoridades competentes, mediante decisión fundada, declararán

²⁰ G. PARRA ARANGUREN (nota 7), p. 177, n° 22.

²¹ Ver texto completo en <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-45.html>

²² E. de la GUARDIA, *Derecho de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1997, p. 187.

²³ C. FRESNEDO de AGUIRRE (nota 3), pp. 494-515.

inaplicables los preceptos de la ley extranjera cuando ellos contraríen en forma grave, concreta y manifiesta, principios fundamentales de orden público internacional en los que la República asienta su individualidad jurídica. Entre otras, esta situación tendrá lugar cuando la aplicación del derecho extranjero resulte inconciliable con los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República y en las convenciones internacionales de las que la República sea parte”.

La fórmula aprobada va más allá de la Declaración, ya que agrega algunos ejemplos de principios de orden público internacional haciendo referencia a los derechos fundamentales de la Constitución uruguaya y a las Convenciones internacionales (incluyendo, obviamente, las de derechos humanos) ratificadas por Uruguay²⁴, lo cual será de gran utilidad para los jueces uruguayos.

III. La transición del DIPr hacia valores materiales

Es un dato de la realidad que las normas de DIPr, formales o de conflicto, han venido evolucionando desde la justicia conflictual, abstracta y *a priori* del caso, que garantiza certeza y previsibilidad pero no siempre justicia sustantiva, que es indiferente al contenido de las normas materiales en conflicto, hacia normas de conflicto con una finalidad material, o con una “coloración material”²⁵. Ello se observa en la propia estructura de las normas de DIPr, que incluyen conexiones alternativas, subsidiarias o acumulativas²⁶, o que tienen naturaleza mixta, ya que incluyen un elemento distributivo y otro sustantivo²⁷. Esta evolución se encuentra en las Convenciones de La

²⁴ Nótese que en esta fórmula se aprecia claramente la influencia de la obra de CIDIP, concretamente del art. 25 de la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores, que establece que “La restitución del menor dispuesta por 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 del niño”. Ver sobre el orden público internacional en la Ley General de DIPr uruguaya: C. FRESNEDO de AGUIRRE (nota 3), pp. 512-515. Sobre el orden público en las Américas, C. FRESNEDO de AGUIRRE, “Public Policy: Common Principles in the American States”, *Recueil des cours*, vol. 379, 2016, pp. 73-396

²⁵ B. AUDIT, “Le droit international privé à fin du XX^e siècle: progrès ou recul”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, n° 2, 1998, pp. 421-448, en especial p. 427.

²⁶ Este no es un fenómeno nuevo: ya lo encontrábamos por ejemplo en los arts. 5 y 23 del Tratado de derecho civil internacional de Montevideo de 1940. No obstante, es claro que se ha incrementado considerablemente.

²⁷ Por ejemplo, el art. 1 del Tratado de derecho civil internacional de Montevideo de 1940.

Haya²⁸ y en las de CIDIP²⁹, entre otras. Pero este fenómeno no es por cierto el único que ha venido incidiendo en la flexibilización teleológica o materialmente orientada de las normas de DIPr. El desarrollo del derecho de los Derechos Humanos y su relevancia, así como los enfoques constitucionalistas o neo-constitucionalistas también han tenido fuerte incidencia en esta transición, como se analizará a continuación.

Los Derechos Humanos y las Constituciones nacionales tienen una importancia creciente no sólo como construcciones abstractas sino como elementos que se incorporan cada vez más en la vida diaria³⁰. La defensa de la mayoría de los derechos fundamentales está dada en las Constituciones nacionales, lo cual refleja, como señala Jayme, la existencia de un patrimonio común de valores jurídicos básicos, los cuales son cada vez más tomados en cuenta para resolver casos de DIPr³¹. En este sentido y particularmente en cuestiones de derecho de familia, debe señalarse que ha habido una transición desde el DIPr relativamente formal a un DIPr fundamentalmente orientado hacia valores materiales³².

Actualmente, la teoría clásica de la soberanía no puede invocarse para defender el poder del Estado para limitar la protección de los Derechos Humanos. Por el contrario, los derechos humanos han cambiado su enfoque y se basan en el derecho de la persona a que sus derechos esenciales no puedan ser dejados de lado³³. Más aún, como lo establece la Constitución chilena, es la soberanía misma la que está subordinada a la noción de Derechos Humanos. Este enfoque es también un serio desafío para la pirámide kelseniana, porque en un caso en que el mismo derecho humano esté regulado en la Constitución de un determinado Estado y en uno o más instrumento internacional de Derechos Humanos, el juez debe aplicar la norma que mejor proteja ese derecho humano, independientemente del principio de la jerarquía o cualquier otro³⁴.

²⁸ B. AUDIT (nota 26), p. 427.

²⁹ Así, por ejemplo, art. 6 de la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias (CIDIP-IV, Montevideo, 1989) y art. 11 de la Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores.

³⁰ A. GELSI BIDART, "Presentación: Expansión y Cambio en el Derecho", en: Landoni Sosa, A. (Dir.), *Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario del Mercosur*, Montevideo, FCU, 1997, pp. 9-12, pp. 10-11.

³¹ E. JAYME (nota 12), p. 49.

³² S. VRELLIS, "Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé. A la recherche de la justice", *Recueil des cours*, vol. 328, 2007, p. 293.

³³ M. RISSO FERRAND, *¿Qué es la Constitución?*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 2010, p. 61; el autor cita a muchos otros autores.

³⁴ M. RISSO FERRAND, *Algunas Garantías Básicas de los Derechos Humanos*, 1ª ed., Montevideo, FCU, 2008, pp. 27-28; D. GAMARRA ANTES, "Relaciones entre normas iusfundamentales de derecho internacional y de derecho interno a la luz del sistema constitucional uruguayo y de la regla de reconocimiento vigente", *Estudios Jurídicos*, n° 5, Universidad Católica del Uruguay, 2008, pp. 73-97.

1. La defensa de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución al resolver casos de DIPr

A) A través de la excepción de orden público internacional

La excepción de orden público internacional ha sido un mecanismo histórico de defensa de los principios y derechos fundamentales del orden jurídico del juez. La referencia a la Constitución enfatiza el carácter nacional de los derechos defendidos y ha sido el enfoque dominante desde los años setenta del siglo XX en la aplicación práctica de la excepción de orden público internacional en DIPr³⁵.

En Uruguay la jurisprudencia ha reconocido que el orden público internacional está compuesto por un conjunto de principios fundamentales que, como regla general, se encuentran incluidos en las Constituciones nacionales y cumplen una doble función: por un lado, garantizan el orden interno, porque impiden la aplicación de leyes extranjeras que contravengan los fundamentos mismos del sistema jurídico nacional, y por otra parte, también aseguran un orden común mínimo a las naciones, que tendrían la naturaleza de *jus cogens* conforme a la terminología más ampliamente utilizada en nuestros días, conformando un verdadero *jus cogens* que constituye el mínimo que puede exigirse a cualquier norma o decisión in el orden internacional³⁶. En igual sentido, la jurisprudencia mexicana ha reconocido que los principios que componen el concepto de orden público tienen su fuente en la Constitución General de la República³⁷.

B) A través de la eficacia directa de las normas constitucionales sobre Derechos Humanos

Se trata aquí de determinar si las normas constitucionales son directamente aplicables o si deben invocarse a través de la excepción de orden público internacional. La respuesta es simple cuando existe una disposición expresa en el sistema jurídico respectivo, como ocurre en Alemania desde 1986³⁸. Cuando ello no ocurre, es el juez quien debe decidir, interpretando y

³⁵ P. KINSCH, "Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé", *Recueil des Cours*, vol. 318, 2005, pp. 9-332, p. 210. El autor hace referencia a la jurisprudencia de Alemania, Estados Unidos de América, España, Canadá y Bélgica.

³⁶ Uruguay, TAC 1º, Sent. N° i74/2011, disponible en: <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=263>

³⁷ J.A. SILVA, *Aplicación de normas conflictuales. La aportación del juez*, México, Fontamara, 2010, p. 295.

³⁸ E. JAYME (nota 12), p. 50, citando el art. 6 EGBGB.

aplicando armónicamente las diversas reglas de su sistema jurídico. Para ello le será útil recurrir a los desarrollos doctrinarios.

También en América encontramos ejemplos donde prevalece la eficacia directa de los derechos fundamentales en la esfera de las relaciones privadas. La eficacia directa de los derechos fundamentales significa que las normas que los regulan tienen efectos jurídicos y vinculantes en la esfera del derecho privado, y que dicha eficacia no puede ser obstaculizada en base a la falta o insuficiencia de regulación. Así, por ejemplo, ello ocurre en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal (STF) de Brasil, aunque no en forma unánime, en Argentina, Colombia y Uruguay. La Constitución Federal de Brasil va más allá y establece expresamente que las normas que definen y garantizan derechos fundamentales son de aplicación inmediata. Ello se ha interpretado por la mayoría de la doctrina como una decisión unívoca en favor de la eficacia directa de las normas sobre derechos fundamentales³⁹.

C) Control de constitucionalidad de las normas de DIPr y sus puntos de conexión

El control de constitucionalidad no es exclusivo de las normas materiales nacionales. Debe también ser aplicado a las normas de DIPr, en particular a sus puntos de conexión, los que no deben violar en sí mismos principios constitucionales. Este control es previo al de las normas materiales extranjeras indicadas por el punto de conexión. Así, por ejemplo, una norma que adopte la nacionalidad del hombre como conexión personal podría violar el principio constitucional de igualdad, independientemente del resultado obtenido con la aplicación de las normas materiales del orden jurídico remitido por el punto de conexión⁴⁰. Las normas de DIPr que distinguen entre tipos de filiación biológica en base a la condición de casados o no de los padres contraviene el principio de igualdad y de no discriminación, entre otros⁴¹.

Cuando aparecen estas inconstitucionalidades en normas de DIPr, las mismas deben ser solucionadas mediante los medios disponibles. El mejor es, por supuesto, enmendar la disposición de DIPr que resulta inconstitucional o recurrir a la Convención de Viena de derecho de los tratados si la disposición se encuentra incluida en un instrumento internacional incorporado al ordenamiento jurídico del Estado actuante. Otro medio para superar la

³⁹ I.W. SARLET, "A Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: notas sobre a evolução brasileira", en: *Direito Privado, Constituição e Fronteiras (Encontro da Associação Luso-Alemã de Juristas do Brasil)*, 2ª ed., Sao Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2014, pp. 57-89, pp. 71, 74-78, 88-89.

⁴⁰ S. VRELLIS (nota 32), pp. 294-495.

⁴¹ La distinción entre tipos de filiaciones biológicas se encuentra en los Tratados de Montevideo de Derecho civil internacional de 1889 (arts. 16-18) y de 1940 (arts. 20-22).

inconstitucionalidad de determinada norma de DIPr es interpretarla de conformidad con la Constitución, adaptándola a los requerimientos constitucionales.

Por su parte, cuando es la norma material extranjera aplicable en virtud de la norma de conflicto del juez la que viola la Constitución del Estado del foro, es el orden público que debe intervenir para superar esa situación intolerable. En cuanto a los referidos ejemplos de la nacionalidad del hombre o de la filiación, los principios constitucionales de igualdad y no discriminación devienen parte del orden público y permiten al juez dejar de aplicar el derecho extranjero remitido. Este mecanismo es siempre excepcional⁴².

D) El ineludible enfoque neo-constitucionalista y el DIPr

Las normas constitucionales se aplican a las relaciones privadas y a los litigios que ellas generan, así como a la interpretación del derecho privado, la que debe ser hecha no sólo desde el Título Preliminar del Código Civil sino también desde la Constitución⁴³. Se trata de un modelo axiológico que intenta sustituir el positivismo y el jus-naturalismo, o convivir con ambos⁴⁴. La Constitución, en una reacción contra el positivismo, incorpora principios y valores y rechaza la separación entre el derecho y la moral⁴⁵.

Un rasgo fundamental de esta corriente es la fuerza vinculante de la Constitución y la aplicación directa de sus normas, siempre y en particular, por los jueces para resolver cualquier caso que se les pueda plantear, sin necesidad de acto legislativo previo⁴⁶. Las normas constitucionales incorporan al derecho positivo un catálogo de derechos fundamentales⁴⁷, un código superior de valores que pertenecen a la comunidad nacional e internacional y que, como valores superiores, deben ser efectivizados en la vida diaria⁴⁸. La defensa de los derechos fundamentales es el rasgo que caracteriza al neo-constitucionalismo. Las actividades legislativas y

⁴² S. VRELLIS (nota 32), pp. 296-297.

⁴³ J. GAMARRA, *Neoconstitucionalismo, Código y Ley Especial*, Montevideo, FCU, 2012, p. 5; A. BELLUSCIO, "Le rayonnement des droits de l'homme et des droits fondamentaux en droit privé", *Rapports de L'Association Argentine de Droit Comparé au XIX Congrès de la Académie Internationale de Droit Comparé*, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Comparado, 2014, pp. 41-89, pp. 76-77.

⁴⁴ J. GAMARRA (nota 44), p. 6, citando a Perlingieri, Zagrebelsky, Mazzaresse y Comanducci.

⁴⁵ A. DURÁN MARTÍNEZ, "En torno al neoconstitucionalismo", *Estudios Jurídicos*, n° 7, 2009, Universidad Católica del Uruguay, pp. 63-104, p. 81.

⁴⁶ A. DURÁN MARTÍNEZ (nota 46), pp. 75-76, señala que este fenómeno no es nuevo, particularmente en América, donde se remonta a la época de la independencia.

⁴⁷ J. GAMARRA (nota 44), p. 7, citando a Comanducci.

⁴⁸ M. RISSO FERRAND (nota 34), p. 32.

jurisprudenciales deben cristalizar, particularizar y defender los derechos fundamentales⁴⁹. Los derechos fundamentales constituyen el límite de la ley y no a la inversa⁵⁰.

La Constitución asegura la unidad del orden jurídico sobre la base de un conjunto de valores sustantivos que no pueden ser ignorados por ninguna norma; por el contrario, toda norma debe ser interpretada de manera de permitir la efectivización de esos valores⁵¹. De ahí que toda norma jurídica, cualquiera sea su jerarquía, debe interpretarse de conformidad con la Constitución cuando se aplica a un caso particular⁵². La incorporación en la Constitución de principios de justicia y no sólo de derechos hace que su marco sea dinámico y abierto al futuro, y no estático y vuelto hacia el pasado⁵³.

El objetivo del neo-constitucionalismo es privilegiar la resolución de diferendos mediante principios, con la inevitable consecuencia de incrementar considerablemente la discrecionalidad del juez para alcanzar lo que se considera un derecho justo, a través de la jurisprudencia de valores⁵⁴. De ahí que el neo-constitucionalismo haya significado un importante avance en relación al positivismo de Kelsen, porque las constituciones contemporáneas han incorporado un catálogo de derechos humanos en sus textos y han hecho declaraciones de derechos genéricas que permiten interpretaciones extensivas y que humanizan a todo el sistema jurídico. Pero si consideramos que sólo se aplican porque están incorporados en la Constitución, permaneceremos en el positivismo jurídico⁵⁵.

Aún sin referirse expresamente al neoconstitucionalismo, Riso Ferrand afirma que el nuevo rol de la Constitución conduce inevitablemente a considerar que ésta es un elemento necesario a la hora de interpretar la ley⁵⁶, la cual incluye, obviamente, el DIPr. No obstante, la interpretación de la ley desde la Constitución no habilita a darle a aquella un sentido diferente cuando su texto y espíritu son claros. La ley debe interpretarse de conformidad con su propio método, pero esa interpretación debe ser guiada e influenciada por las normas, principios y valores constitucionales y por los Derechos

⁴⁹ J. GAMARRA (nota 44), p. 7, citando a Comanducci.

⁵⁰ J.I. NÚÑEZ LEIVA, "Los límites al ejercicio de los derechos fundamentales en el Constitucionalismo de los Derechos", *Revista Estudios Jurídicos*, n° 7, Universidad Católica de Uruguay, 2009, p. 245.

⁵¹ A. DURÁN MARTÍNEZ (nota 46), pp. 77-78, citando a E. GARCÍA DE ENTRERRÍA y a T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, 4ª ed., Madrid, Civitas, 1983, t. 1, p. 128.

⁵² A. DURÁN MARTÍNEZ (nota 46), p. 78, citando a J.P. CAJARVILLE PELUFFO, "Supremacía constitucional e interpretación", en: Cajarville Peluffo, J.P., *Sobre derecho administrativo*, t. 1, Montevideo, FCU, 2007, p. 276.

⁵³ A. DURÁN MARTÍNEZ (nota 46), p. 85, citando a G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2005, p. 93.

⁵⁴ J. GAMARRA (nota 44), p. 9.

⁵⁵ A. DURÁN MARTÍNEZ (nota 46), p. 94.

⁵⁶ M. RISSO FERRAND (nota 34), p. 34.

Humanos, tanto constitucionales como convencionales, los que aparecen como principios objetivos del orden jurídico supremo⁵⁷.

El DIPr no es ajeno por cierto al enfoque neoconstitucionalista; por el contrario, el conjunto de valores jurídicos básicos incluidos en las Constituciones nacionales son tomados en cuenta para resolver cuestiones de DIPr⁵⁸. Ello se refleja muy claramente en la obra de CIDIP y puede apreciarse en varias disposiciones en diferentes Convenciones, así como, con alcance general, en el art. 9 de la CNG, que habilita al juez a flexibilizar las normas de conflicto clásicas⁵⁹.

La creciente importancia de los Derechos Humanos y su influencia en el enfoque constitucionalista, junto con la incorporación de principios universales referidos a la dignidad de la persona en las constituciones de varios Estados, nos lleva a cuestionar la afirmación tradicional de que el orden público internacional está compuesto sólo por principios del derecho privado nacional, de principios fundamentales que pertenecen sólo a cada Estado nacional. Parecería que ha llegado el momento de enriquecer la noción de orden público con los derechos fundamentales y de dar un “toque de supranacionalidad” a un concepto que fue originalmente concebido como nacional⁶⁰.

2. El rol de las convenciones e instrumentos de Derechos Humanos en la jurisprudencia de DIPr

Las Convenciones internacionales y regionales de Derechos Humanos juegan un rol creciente en la resolución judicial de los casos de DIPr. En cuanto a la Convención Europea de Derechos Humanos, su incidencia en la jurisprudencia de DIPr de algunos Estados Parte, como Francia, Bélgica y Suiza es destacable. Los jueces utilizan dos técnicas indistintamente: la aplicación directa de los derechos humanos debido a su primacía, o la incorporación de los Derechos Humanos en el orden público. En algunos casos la solución pudo haber sido exactamente la misma si la fuente referida hubiera sido la Constitución, en vez de la Convención Europea de Derechos

⁵⁷ M. RISSO FERRAND, *Derecho Constitucional*, t. 1, 1ª ed., Montevideo, FCU, 2005, p. 251.

⁵⁸ E. JAYME (nota 12), p. 49 ; Y. LEQUETTE, “Le Droit International Privé et les Droits Fondamentaux”, en : *Libertés et droits fondamentaux*, 16ª éd., Dalloz, 2010, pp. 103-128, p. 113, nota 42: Déc. du 4 mai 1971. En opinión del autor, ésta es la sentencia más importante sobre DIPr en el siglo XX ; D. OPERTTI BADÁN, “Conflit de Lois et Droit Uniforme dans le Droit International Privé Contemporain: Dilemme ou Convergence?”, *Recueil des Cours*, t. 359, 2013, p. 75.

⁵⁹ R. HERBERT / C. FRESNEDO DE AGUIRRE (nota 2), pp. 55-76.

⁶⁰ P.E. DE ROSAS, “Orden público internacional. Tendencias contemporáneas. Orden Público en el ordenamiento del Mercosur”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, n° 22, 2003, pp. 193-220, p. 195.

Humanos. La única sutil diferencia es que si el derecho extranjero es confrontado con la Constitución nacional, el acento es colocado en la particularidad de los derechos fundamentales, mientras que su confrontación con la Convención Europea de Derechos Humanos le da un carácter más abierto y multilateral a dicha confrontación, aun cuando ésta sea hecha a través de la excepción de orden público. En este último caso, el orden público no sólo defiende los valores particulares del orden jurídico nacional sino también valores que son compartidos al menos por los Estados Miembros del Consejo Europeo. De ahí que algunos autores hagan referencia al llamado “orden público europeo”⁶¹.

No obstante, el concepto de un orden público europeo como el que aparece en la jurisprudencia de la Corte Europea tiene una significación que ha sido diferenciada, por ejemplo por Kinsch, de aquella del DIPr. En su opinión no existe un orden jurídico europeo, ya que el Consejo Europeo carece de un proyecto federal, cuasi-federal o similar⁶². Mucho menos podría hablarse de un orden jurídico americano.

La Convención Europea de Derechos Humanos contiene un mecanismo jurisdiccional particular tendiente a asegurar tanto su interpretación uniforme como su efectividad. Los textos adoptados a nivel de Naciones Unidas carecen de un mecanismo equivalente. Sin embargo, ello no constituye un obstáculo para que los jueces funden sus fallos en instrumentos universales. Por el contrario, ello amplía la probabilidad de que el Estado extranjero cuya ley es aplicable esté vinculado por ese texto convencional. Es el caso, por ejemplo, de una sentencia italiana que al definir el orden público refiere al carácter universal de los principios comunes a varias naciones pertenecientes a una civilización común o vinculada, tendiendo a proteger ciertos Derechos Humanos fundamentales incorporados en declaraciones o convenciones internacionales. Dicha técnica ha sido llamada “método impresionista” y consiste en invocar varios textos para decidir de ellos un principio común y universal⁶³.

Con respecto al sistema americano de Derechos Humanos, debe tenerse presente que los individuos no tienen acceso directo a la Convención americana de Derechos Humanos. Sólo los Estados Parte y la Comisión tienen derecho a presentar un caso a la Corte⁶⁴. No obstante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto casos de derecho internacional privado en los que algunos derechos fundamentales reconocidos y garantizados en la Convención americana de derechos humanos habían sido violados por tribunales nacionales. Por ejemplo, en el

⁶¹ P. KINSCH (nota 36), p. 212 y 216, quien menciona, por ejemplo, a Sudre, Picheral, y van Houtte.

⁶² P. KINSCH (nota 36), p. 217.

⁶³ P. KINSCH (nota 36), pp. 220-222.

⁶⁴ Arts. 61, 48, 50 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

caso n° 12980 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos admitió la denuncia presentada por V.R.B. y V.M.R. contra Guatemala por la violación de diversos derechos reconocidos en la Convención americana de derechos humanos, en especial los derechos de la familia (art. 17), los derechos del niño (art. 19), el derecho de igualdad ante la ley (art. 24), el derecho a la protección judicial (art. 25), el derecho a la vida, al trato humano y a la integridad personal (arts. 4 y 5), el derecho a un juicio justo y a las garantías judiciales (art. 8). Guatemala había asumido la obligación de respetar y garantizar todos esos derechos y de adoptar las medidas necesarias al respecto al ratificar la Convención americana de derechos humanos (arts. 1 y 2). Este caso derivó de una mala aplicación de la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980 y de la consecuente violación de los referidos derechos fundamentales⁶⁵.

En cuanto a los instrumentos no convencionales y su relevancia en los casos de DIPr, el principal ejemplo, aunque no el único, es la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948. La Asamblea General la ha llamado “Declaración Universal” por varias razones: proviene de la comunidad de todos los seres humanos jurídicamente organizada, no ve al Estado como el único obligado a proteger los derechos humanos, se aplica a todos los seres humanos, se aplica en todos los Estados, y por último, debido a su contenido⁶⁶. La Declaración Universal es considerada “el punto de partida del derecho internacional de los derechos del hombre”⁶⁷. Constituye una síntesis del carácter universal de los derechos humanos, donde las similitudes y diferencias se unen en nombre de la humanidad⁶⁸. Los tribunales nacionales hacen referencia a veces a la Declaración Universal de 1948 como causa de la incompatibilidad del derecho extranjero con el orden público; la Declaración deviene así en fuente de inspiración del orden público, con un valor referencial⁶⁹. Por último, como

⁶⁵ Ver comentario: M. BLENGIO VALDÉS, “La espera. Responsabilidad Internacional de los Estados en Derecho de Familia”, *Tribuna del Abogado*, Publicación del Colegio de Abogados del Uruguay, n° 191, 2015, pp. 27-30.

⁶⁶ R. CASSIN, “La Déclaration Universelle et la mise en œuvre des Droits de L’Homme”, *Recueil des Cours*, vol. 79, 1951, pp. 279-282. También R. CASSIN, “Les Droits de L’Homme”, *Recueil des Cours*, vol. 140, 1974, p. 326, señala: “*Ce qu’il importe de souligner c’est le caractère mondial, commun des principes formulés pour la première fois dans l’histoire du monde par un organe universel*”.

⁶⁷ K. VASAK, “Le droit international des droits de l’homme”, *Recueil des Cours*, vol. 140, 1974, p. 343; D. OPERTTI BADÁN, “Reflexiones sobre un tema esencial: derecho internacional privado y derechos humanos”, *Derecho internacional privado y derecho de la integración. Libro Homenaje a Roberto Ruiz-Díaz Labrano*, Asunción, CEDEP, 2013, pp. 63-86, p. 65.

⁶⁸ W. ENGELMANN, “A tradição e a linguagem como condição de possibilidade à perspectiva universal e multicultural dos direitos humanos: construindo espaços para a sua proteção”, *Revista de Derecho*, n°4, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung / Universidad Católica del Uruguay, 2009, pp. 103-136, p. 130.

⁶⁹ P. KINSCH (nota 36), pp. 225-226.

señala Operti, la existencia de Convenciones de derechos humanos no excluye la función de la costumbre y de los principios generales de derecho como base para la protección de los Derechos Humanos⁷⁰.

IV. La influencia de los Derechos Humanos en la obra codificadora de CIDIP

La influencia de las normas de Derechos Humanos en la obra codificadora del DIPr en el ámbito de CIDIP se observa claramente en algunas Convenciones interamericanas. Veremos a continuación algunas de ellas a modo de ejemplo.

1. La Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores⁷¹

El art. 19 de esta Convención establece expresamente que “los términos de la presente Convención y las leyes aplicables, según ella, se interpretarán armónicamente y en favor de la validez de la adopción y en beneficio del adoptado”. Por otra parte, todas las soluciones de la Convención favorecen al adoptado, como las referidas a la sucesión (art. 11). La Convención garantiza a través de normas de DIPr el cumplimiento del derecho de todo niño de las medidas de protección que su condición de menor requiere, cuando su familia biológica no puede brindárselas y es la sociedad y el Estado quienes deben hacerlo (art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos). La adopción internacional se encuentra entre esas medidas de protección, como fuera claramente establecido en el art. 20.3 de la Convención de Naciones Unidas sobre derechos del niño⁷².

2. La Convención interamericana sobre restitución internacional de menores⁷³

Esta Convención apunta a la protección de los menores frente a un traslado o retención ilícitos. Este derecho es también garantizado en el art. 11 de la

⁷⁰ D. OPERTTI BADÁN (nota 68), p. 67.

⁷¹ <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-48.html>

⁷² C. FRESNEDO DE AGUIRRE, *Derecho Internacional Privado*, t. II, 1ª ed, Montevideo, FCU, 2022, pp. 506-507.

⁷³ <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-53.html>

Convención sobre los derechos del niño, que establece que “los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero”. Agrega en el inciso 2 que “Para este fin, los Estados Parte promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes”. El art. 35 dispone que “Los Estados Parte tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”. El art. 17.4 de la Convención americana de derechos humanos ordena que en caso de disolución de la familia “se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos”.

El art. 25 de la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores establece que “La restitución del menor dispuesta por 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 del niño”. Se trata de una restricción a la fórmula tradicional de la excepción de orden público internacional, desde que la norma requiere la condición acumulativa de que los principios fundamentales del orden público internacional del Estado requerido se vean afectados y que esos principios estén consagrados en Convenciones universales o regionales de derechos humanos o de derechos del niño⁷⁴. La solución interamericana es similar a la del art. 20 de la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, que establece que la restitución del menor “podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales”⁷⁵.

3. Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores⁷⁶

El art. 1 de esta Convención establece expresamente que su objeto, “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”. A continuación

⁷⁴ E. TELLECHEA BERGMAN, “Análisis de la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores de Montevideo de 1989”, *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, n° 4, pp. 131-142, p. 139, n° 26.

⁷⁵ Ver sobre el tema: C. FRESNEDO DE AGUIRRE, *Curso de Derecho Internacional Privado*, t. II, vol. 1, 2ª ed., Montevideo, FCU, 2013, p. 122.

⁷⁶http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-57_Convencion_Interamericana_sobre_Trafico_Internacional_de_Menores.htm

enumera las obligaciones que los Estados Parte de la Convención asumen a esos efectos, haciendo referencia siempre al interés superior del menor. La Convención en su conjunto apunta a proteger y garantizar los derechos del niño (art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos) y el interés superior del menor (Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, en particular su art. 3).

4. Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias⁷⁷

Conforme al art. 4 de esta Convención, “Toda persona tiene derecho a recibir alimentos, sin distinción de nacionalidad, raza, sexo, religión, filiación, origen o situación migratoria, o cualquier otra forma de discriminación”. Toda la Convención apunta a garantizar ese derecho. Los Estados parte deben incluso procurar “suministrar asistencia alimentaria provisional en la medida de sus posibilidades a los menores de otro Estado que se encuentren abandonados en su territorio” (art. 19) y “facilitar la transferencia de fondos que procedieren por aplicación de esta Convención” (art. 20). El art. 21 dispone que “Las disposiciones de esta Convención no podrán ser interpretadas de modo que restrinjan los derechos que el acreedor de alimentos tenga conforme a la ley del foro”. La Convención es armónica con y garantiza los derechos del niño (art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos) y en especial su derecho a los alimentos (art. 27 Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño).

5. Convención interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras⁷⁸

Conforme al art. 2, el requisito de la jurisdicción en la esfera internacional se considera satisfecho si la autoridad jurisdiccional que dictó el fallo “asumió competencia para evitar denegación de justicia por no existir órgano jurisdiccional competente”. Esta disposición apunta claramente a defender el derecho de acceso a la justicia, consagrado en el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros, ya que el derecho de acceso a una

⁷⁷ <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-54.html>

⁷⁸ <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-50.html>

justicia efectiva incluye el derecho de obtener el reconocimiento o ejecución de la sentencia.

V. Conclusiones

El proceso de codificación de CIDIP muestra una evolución metodológica con respecto a sus precedentes regionales, que va del conflictualismo clásico, savigniano, neutral, apriorístico y abstracto a un conflictualismo flexibilizado, materialmente orientado o teleológico. Asimismo, se ha recurrido a otros métodos de elaboración normativa de manera no excluyente, logrando un armónico pluralismo metodológico en sus Convenciones. Es destacable que la obra codificadora de CIDIP refleja la incidencia e interacción de las normas de derechos humanos en las soluciones de DIPr convencionales.

En ello han influido considerablemente los Derechos Humanos así como los enfoques constitucionalistas o neoconstitucionalistas del derecho privado, incluyendo el internacional. Así, la defensa de los derechos constitucionales consagrados en la Constitución al resolver casos de DIPr se realiza a través del mecanismo clásico de la excepción de orden público internacional, pero también a través de la eficacia directa de las normas constitucionales sobre derechos humanos y del control de constitucionalidad de las normas de DIPr y de sus puntos de conexión.

Por último, cabe señalar que la obra de CIDIP, como se ha ilustrado aquí con algunos ejemplos, ha tenido una influencia destacable en la codificación nacional del DIPr en la región.

El impacto de las CIDIPs en los ordenamientos jurídicos estatales latinoamericanos

Paula María ALL* / Luis Ernesto RODRÍGUEZ CARRERA**

Sumario: I. La codificación interamericana de Derecho internacional privado como ensamble de actores, objetivos deseables y metodologías legislativas. II. Impacto de la producción intergubernamental y su incorporación. 1. Directo. A) Vía ratificación. B) Vía implementación. 2). Indirecto: A) Vía inspiración. III. Impacto de la producción privada. 1. Ejemplos consumados. 2. Ejemplo a consumir. III. El vano intento de concluir.

I. La codificación interamericana de Derecho internacional privado como ensamble de actores, objetivos deseables y metodologías legislativas

“Nada se edifica sobre la piedra, todo sobre la arena, pero nuestro deber es edificar como si fuera piedra la arena”

Jorge L. Borges,
*Fragments de un Evangelio apócrifo*¹

* Profesora de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas, FCJS- UNL. Presidenta de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP). Directora de la Cátedra Abierta Latinoamericana de Derecho Internacional Privado.

** Abogado de la UCAB, Magister en Derecho Internacional Privado y Comparado de la UCV. Profesor en la UCAB de la cátedra de Arbitraje y en la UCV de Derecho Internacional Privado. Profesor en el Programa de Estudios Avanzados en Derecho Tecnológico de la UCAB. Secretario General de la ASADIP. Miembro fundador y Director del Instituto Venezolano de Derecho y Tecnología (INVEDET). Socio fundador de la firma Brando Ochoa Rodríguez & Abogados (BORA Legal) y coordinador de la división BoraTech.

¹ Ver P. BORDIEU, “La codificación”, Comunicación presentada en la ciudad de Neuchatel en mayo de 1985, publicada en *Actes de la Recherces en Sciences Sociales*, n° 64, 1986, e incluida en *Cosas dichas*, Buenos Aires, Gedisa, 1988.

Diseñar y construir progresivamente a lo largo del tiempo un “sistema de codificación” no constituye una tarea exenta de obstáculos, debido a que la misma involucra una diversidad de actores, elementos, intereses, circunstancias y móviles –jurídicos, sociales, culturales y económicos- que deben tenerse en cuenta al definir el tipo de reglamentación deseada.

El tema de la codificación no es precisamente novedoso sino que, por el contrario, resulta recurrente en la literatura jurídica y acompaña inseparablemente al derecho desde siempre, ya que está ligado de manera irrefutable a la historia. En este marco, la reflexión sobre la codificación suscita una “verdadera encrucijada”, no sólo desde el discurso de la academia sino también desde el seno de los poderes públicos y privados. Desde la eterna discusión sobre el racionalismo propuesto por Leibniz donde los códigos se parecían a un libro de geometría, siempre buscando no sólo seguridad jurídica sino un orden eternizable -con los típicos riesgos de petrificación¹-, pasando por las célebres discrepancias entre Thibaut y Savigny, el debate sobre la descodificación del derecho o la recodificación, o la idea de la codificación entendida como compilación, sistematización o creación normativa², lo paradójico –tal como sostiene Cabrillac– es que la historia de los códigos tiene al menos 4.000 años³, y vuelven hoy a ponerse en escena no sólo las discusiones de corte tradicional sino otras que conllevan reflexiones multidisciplinares más profundas que pasan por analizar, entre muchas otras cuestiones, quién codifica (si sólo el Estado o también los particulares), cómo se codifica (técnicas y herramientas legislativas que van desde el *hard law* al *soft law*⁴), cuál es la legitimidad de la codificación (si de origen –democrática- o de resultado), cuál es su validez y cómo se mide el impacto de la misma⁵.

¹ Ver J-P. DUNAND, “Entre tradition et innovation. Analyse historique du concept de code”, en: J-P. Dunand / B. Winiger (eds.), *Le code civil français dans le droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 5; K. SOJKA-ZIELINSKA, “Codification”, en: *Dictionnaire encyclopédique de théorie, la naturalidad de presentar el e de sociologie du droit*, Bruxelles, L.G.D.J. / E. Story-Scientia, 1988, p. 45.

² Sobre la idea de “code-compilation” y “code-innovation” y las características de la codificación, ver A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Codes et Codification au XXIe Siècle: une perspective argentine”, en: B. Fauvarque-Cosson / D.P. Fernández Arroyo / J. Monéger (dirs.), *Codification du droit privé et évolution du droit de l'arbitrage*, Paris, Société de Législation Comparé, 2014, pp. 16-22.

³ R. CABRILLAC, *Las codificaciones* (traducción de P. Pulido Velasco / C. Bulnes Olivares, bajo la dirección de M. Tapia Rodríguez), Santiago, Flandes Indiano, 2009, pp. 8 ss.

⁴ Ver el trabajo de G. SCHAFFER / M.A. POLLACK, “Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance”, *Minnesota Law Review*, n° 94, 2010, pp.712-798.

⁵ Ver los trabajos de D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “La multifacética privatización de la codificación internacional del derecho comercial”, p. 52, y G. KAUFMANN-KOHLER, “La codificación y la normatividad del *soft law* en el arbitraje internacional”, en: Fernández Arroyo, D.P. / Moreno-Rodríguez, J.A. (Dirs.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, Asunción, La Ley, 2010.

La codificación (ya sea a nivel nacional, convencional o transnacional) constituye un tema tan complejo como atrapante porque es, ante todo, un intento de racionalización del ámbito jurídico en cuanto mundo normativo⁶ que persigue, por una parte, una perfección cuantitativa –ya que intenta reducir el número de normas al condensarlas en un único cuerpo y, por otra, una perfección de tipo cualitativa en tanto busca mejorar su inteligibilidad⁷. En el ámbito específico del Derecho internacional privado (DIPr), la codificación ha sido definida como la creación de un sistema de reglas de derecho lógicamente unificadas⁸. Como sostenía Jayme, la labor de codificar puede ser vista como una empresa que, por definición, busca establecer un orden abstracto y claro gracias a reglas sistemáticas⁹.

Ahora bien, centrándonos en el continente americano, la cooperación jurídica y la codificación siempre han jugado un papel absolutamente fundamental en la Organización de los Estados Americanos (OEA); baste con señalar las disposiciones de la Carta de Bogotá de 1948 vinculadas con la codificación del Derecho internacional, o las que ordena crear el Consejo Interamericano de Jurisconsultos y le otorga el cometido de “(...) promover el desarrollo y la codificación del Derecho internacional público y privado y estudiar la posibilidad de uniformar las legislaciones de los diferentes países americanos (...)” (art. 67 de la Carta de la OEA)¹⁰.

Como claramente señala Maekelt, “para entender las características de la codificación americana es necesario dividirla en dos grandes etapas conocidas como las de idealismo y de pragmatismo. En la primera etapa, que precedió a los movimientos europeos de unificación jurídica, los países latinoamericanos emprendieron un ambicioso proyecto de codificación global del Derecho internacional privado (DIPr). El primer tratado sobre la materia, firmado en Lima, en 1878, a pesar de no haber entrado en vigencia, es buen ejemplo de estas inquietudes. (...) El Congreso de Montevideo,

⁶ Ver C. JAMIN, “Codifier au XXI^e Siècle: Éloge de la Modestie”, en: Fauvarque-Cosson, B. / Fernández Arroyo, D. P. / Monéger, J. (Dir.), *Codification du droit privé et évolution du droit de l'arbitrage*, Paris, Société de Législation Comparée, 2014, pp. 43-48, y en especial lo atinente a la unidad, la totalidad, la trascendencia de un Código en tanto transforma las reglas en un sistema, la naturalidad de presentar el texto en un orden lógico, etc.

⁷ L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, “Codificación, descodificación y recodificación”, *Anuario de Derecho Civil*, t. XLV, 1992, p. 473.

⁸ Ver B. NOLDE, “La codification du droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 55, 1936-I, p. 299.

⁹ E. JAYME, “Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 177, 1982-IV, p. 26.

¹⁰ El Protocolo de Reforma de la Carta, suscrito en Buenos Aires en 1967, elimina el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, pero mantiene la Comisión Permanente del Consejo y la eleva a la categoría de órgano principal de la Organización denominándolo Comité Jurídico Interamericano (CJI), al que encarga el estudio de los problemas jurídicos referentes a la integración de los países americanos (art. 105), otorgándole la facultad de organizar la celebración de Conferencias jurídicas especializadas (art. 106).

celebrado diez años después, en 1888, fue la respuesta a la crítica de la concepción nacionalista de Lima. Los tratados que fueron firmados se alejan del globalismo absoluto y regulan diferentes materias, lo cual facilitó su ratificación y su aplicación práctica. Tal vez el éxito de los Tratados de Montevideo se debe a estas características, sin desmedro de algunas soluciones especiales, aun hoy en plena vigencia (...). El Código Bustamante de 1928 reviste singular importancia en la historia del DIPr americano por ser el primer código completo referido a nuestra disciplina. Sus imperfecciones no impiden reconocer en él un orgánico cuerpo de normas y un esfuerzo relevante en materia de unificación. (...) La fuente inspiradora de estos esfuerzos reposaba en el optimismo universalista de las ideologías imperantes en el pasado, que perseguían una codificación global del derecho privado universal”¹¹.

En la década del '50 la OEA y sus organismos técnicos se orientaron a estudiar la posibilidad de armonizar las disposiciones del Código Bustamante con los Tratados de Montevideo y el *Restatement of the Law of Conflict of Laws* de los Estados Unidos. La elaboración de un proyecto de Código preparado por el colombiano J. Caicedo Castilla, no tuvo apoyo gubernamental de los Estados y fue así como se planteó la necesidad de abandonar la “técnica de codificación global” para ir por la vía de una “técnica sectorial y progresiva” Por ese tiempo el CJI solicitó de nuevo la convocatoria de una Conferencia Especializada para la revisión de las disposiciones del Código Bustamante. La Asamblea General de la OEA, habiendo previamente consultado a los Estados Miembros en décima séptima sesión plenaria del 23/04/1971 convocó la celebración de una Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado a fin de discutir temas particulares. No es constituye un dato menos que la decisión de la Asamblea General implicó un cambio radical en la metodología a seguir en la codificación interamericana ya que a partir de ese momento se dejaba de lado el propósito de incluir en un solo cuerpo normativo codificado todo el DIPr.

La segunda etapa implicará una codificación sectorial y progresiva concentrando los esfuerzos legislativos en materias concretas consideradas de relevancia para los Estados Miembros de la OEA. De esta manera se fueron sucediendo siete Conferencias Especializadas de Derecho Internacional Privado, celebradas periódicamente desde 1975¹².

Como puede observarse, a lo largo del siglo XIX varios fueron los intentos de lograr una codificación americana de normas sobre diferentes

¹¹ Ver T. MAEKELT, “El desarrollo del Derecho internacional privado en las Américas”, disponible en:

https://www.oas.org/juridico/Spanish/tatiana_maekelt.htm

¹²https://www.oas.org/es/sla/ddi/derecho_internacional_privado_historia_proceso_cidips.asp

temas de DIPr¹³. Si se trazara una línea cronológica o se establecieran estadios temporales, desde el tratado de Lima de 1878 sobre reglas uniformes en materia de DIPr -que constituye la primera obra integral de DIPr convencional que se conoce-¹⁴, pasando por los Tratados de Montevideo de 1889 y 1939-40, el Código Bustamante de 1928, el *Restatement of the Law of Conflict of Law* norteamericano de 1934¹⁵, hasta llegar a la CIDIP, puede apreciarse un importante movimiento o proceso de elaboración de normas de fuente convencional de DIPr en el continente americano¹⁶.

Según Fernández Arroyo “la obra de la CIDIP debe apreciarse a la luz de cuatro datos de distinto signo: en primer lugar, una nota de “relatividad” que se va mitigando con la andadura de la CIDIP y que surge de la gran importancia concedida a los Tratados de Montevideo y al Código Bustamante en la elaboración de las Convenciones interamericanas: segundo, una nota de “subregionalización”, que se produce con la recepción de la obra de la CIDIP operada en los países del MERCOSUR, pero no directamente en sus normas

¹³ Ver D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *La codificación del Derecho internacional privado en América Latina*, Madrid, Eurolex, 1994 y M. A. VIEIRA, “La codificación del Derecho internacional privado en América”, *Cursos de Derecho Internacional*, Serie Temática vol. I (Parte I): El Derecho internacional privado en las Américas (1974-2000), Organización de los Estados Americanos- Comité Jurídico Interamericano, Secretaría General de la OEA, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Washington, D.C., OEA, 2002, pp. 853-860.

¹⁴ Los Estados signatarios de este Tratado -Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Perú y Venezuela- nunca lo ratificaron y, por ende, jamás entró en vigor. Sin embargo, posee un alto valor histórico y doctrinario.

¹⁵ El *Restatement*, a diferencia del Código Bustamante y de los Tratados de Montevideo, no constituye una codificación con sanción legislativa, sino que es una consolidación, un reordenamiento de los principios derivados de una extensa experiencia jurisprudencial y doctrinaria de los diferentes Estados americanos elaborada por el *American Law Institute*, entidad compuesta por profesores universitarios y miembros del foro y de la magistratura. Ver J. DOLINGER, *Direito Internacional Privado. Parte Geral*, 7ª ed., Río de Janeiro, Renovar, 2003, pp. 82-83; G. CHALITA / M. B. NOODT TAQUELA, *Unificación del Derecho internacional privado*, CIDIP .I, II y III, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1998, pp. 22-24. Sobre el *Restatement Third on the Foreign Relations Law of the United States* (1988), ver B. OPPETIT, “Le droit international privé, droit savant”, *Recueil des Cours*, 1992, t. 234- III, pp. 419-420.

¹⁶ Puede verse el análisis sobre los ámbitos de producción jurídica del DIPr convencional latinoamericano, interamericano, iberoamericano y subregional en D. P. FERNÁNDEZ ARROYO (nota 13), pp. 26-32. Asimismo, T. B. DE MAELKELT, “Evolución del Derecho internacional privado en el sistema interamericano”, *Cursos de Derecho Internacional*, Serie Temática vol. I (Parte I): El Derecho internacional privado en las Américas (1974-2000), Organización de los Estados Americanos- Comité Jurídico Interamericano, Secretaría General de la OEA, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Washington, D.C., OEA, 2002, pp. 713-716, J. SAMTLEBEN, “Los resultados de la labor codificadora de la CIDIP desde la perspectiva europea”, en: *España y la codificación del derecho internacional privado*, Terceras Jornadas de Derecho internacional privado (San Lorenzo de El Escorial, 13 y 14 de diciembre de 1991), Madrid, Eurolex, 1993, pp. 295-301 y J. L. SIQUEIROS, “La codificación del Derecho internacional privado en el continente americano”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* (México), n° 14, 1982, pp. 235-251.

de fuente interna, sino a través de los textos convencionales de dicho sistema de integración; tercero, una nota de “internacionalización”, que se observa en la jerarquía supralegal que distintos ordenamientos le van reconociendo a las convenciones internacionales; y por último, una nota de “universalización” creciente, expresada mediante la significativa influencia de los criterios plasmados en las Convenciones adoptadas en los foros codificadores de vocación universal, así como a través de la recepción de las modernas tendencias de DIPr¹⁷.

La consolidación y el desarrollo del Derecho en las Américas ha constituido, a la vez, una gran necesidad y una gran oportunidad y la OEA ha sido el escenario natural para el desarrollo del Derecho internacional en el hemisferio americano¹⁸.

En los tiempos que corren cabe preguntarse cómo concebimos a la codificación del DIPr en el marco de la gobernanza global¹⁹.

La codificación supone un fenómeno histórico de amplio alcance y si bien la palabra código no ha sido un concepto unívoco a través de la historia, la codificación moderna encuentra su origen en el advenimiento de la Edad Moderna y en la concepción misma de los Estados soberanos; de esta forma, la codificación internacional adoptará desde fines del siglo XIX la forma de

¹⁷ Ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho internacional privado interamericano. Evolución y perspectivas*, México, Universidad Anáhuac del Sur / Miguel Ángel Porrúa Grupo Editor, 2003, p. 131.

¹⁸ Ver el Documento de Trabajo presentado por el Secretario general de la OEA en febrero de 1996, citado por E. LAGOS, “La actual agenda jurídica de la OEA”, *Jornadas de Derecho Internacional*, Montevideo, Organización de los Estados Americanos- Secretaría general, 1999, p. 174.

¹⁹ Uno de los términos acuñados desde la teoría de la globalización es el de gobernanza global; en torno a ella han surgido múltiples y debatidas conceptualizaciones. Tal como lo señala el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la Gobernanza de 2001, la gobernanza se refiere a “las normas, procesos y comportamientos que influyen en el ejercicio de los poderes a nivel europeo, especialmente desde el punto de vista de la apertura, la participación, la responsabilidad, la eficacia y la coherencia”. Como señala Frydman, la gobernanza no es un espacio coherente sino un mosaico, en ensamble heteróclito de dispositivos muy diversos. Ver B. FRYDMAN, “Corregulation: a Possible Legal Model for Global Governance”, disponible en:

http://www.philodroit.be/IMG/pdf/coregulation_a_possible_legal_mode_for_global_governance.pdf.

Según Waters, “la gobernanza global infiere la configuración de un nuevo modelo de sistema internacional, donde la legitimidad, la distribución de autoridad, la participación de los individuos y de

las organizaciones en ordenar la sociedad humana y la toma de decisiones son redimensionadas en función de los retos planteados a partir de los cambios económicos, tecnológicos, sociales y estructurales dentro de la sociedad mundial”; T.W. WATERS, “The Momentous Gravity of the State of Things Now Obtaining: Annoying Westphalian Objections to the Idea of Global Governance”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, n° 1, 2009, pp. 25-58, esp. p. 31.

un trabajo interestatal. Ahora bien, tal como lo señala Fernández Arroyo, “ya sea al margen o dentro mismo de dichas organizaciones, se ve desenvolverse un creciente protagonismo de actores privados, cuando no, pura y simplemente, una verdadera ‘codificación privada’”²⁰. Mas allá de que el término codificación suele encontrarse reservado al proceso realizado por un Estado, no siempre es así y entra a jugar la actuación de otros actores tales como organizaciones internacionales (OEA, UNIDROIT, UNCITRAL, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado) u organizaciones privadas como el *American Law Institute* o la Cámara de Comercio Internacional.

Hace más de 70 años, J. L. Borges presentaba el universo como una biblioteca infinita, sin límites, con escaleras de caracol y miles de pasillos entrecruzados. Si trazáramos una analogía, podríamos referirnos al sistema normativo actual como compuesto por nodos interconectados, centros en red y acceso a todo el saber del mundo. Calvino en “Ciudades Invisibles” utiliza los laberintos, el tablero de ajedrez, los puentes y los canales como símbolos de los diferentes aspectos de las ciudades; un orden jurídico, al igual que una ciudad, es un ejemplo de una construcción social y refleja las creencias, las decisiones y las prácticas de generaciones de habitantes. Los ordenamientos jurídicos están hechos de redes complejas de relaciones sociales, ideas, ideologías, conceptos, normas, instituciones, gentes, técnicas y tradiciones. En fin... de valores subyacentes... La imagen de una ciudad es una buena metáfora para la cartografía del derecho, diría Teubner. Como señala David Kennedy en su trabajo “El misterio de la gobernanza global”, a lo largo y ancho del campo jurídico y de las ciencias sociales las personas están imaginando de nuevo la naturaleza del derecho fuera y entre los Estados, repensando nuevamente los patrones globales de poder e influencia ya que se han resquebrajado las fronteras disciplinares²¹. La gobernanza mundial, en su opinión, sigue siendo un misterio ya que muchos asuntos acerca de la sociedad global en sí misma escapan a nuestra comprensión y, por ende, las preguntas son muchas: “¿cómo funcionan las cosas?, ¿cómo encajan las piezas?, ¿cómo es ejercido el poder público y el poder privado?, ¿dónde están los puntos de inflexión?, ¿quiénes son las autoridades y cómo se relacionan unas con otras?, ¿están unidos en una apretada estructura los mundos de la política, el derecho, el mercado y la influencia cultural, o están más bien

²⁰ Ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “La multifacética privatización de la codificación internacional del derecho comercial”, en Fernández Arroyo, D.P. / Moreno-Rodríguez, J.A. (dirs.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, Asunción, La Ley, 2010, p. 52.

²¹ Ver P. M. ALL, “Algunos interrogantes sobre la fuerza y la debilidad de la codificación privada transnacional”, en: Moreno Rodríguez, J.A. / Fernández Arroyo, D.P. (Coords.), *Derecho internacional privado y derecho de la integración. Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*, Asunción, CEDEP, 2013, pp. 169-204.

sueltos y sin orden?, ¿qué tanto, finalmente, es simplemente caos, qué tanto la obra de una mano invisible?”²².

Ninguno de estos interrogantes tiene una respuesta clara o unívoca. Aunque, parafraseando a Buchanan, se podría sostener que éste es el lugar donde las preguntas de la teoría general ya no son aburridas²³, sino todo lo contrario, porque representa algo fascinante y desafiante introducirse en el tema de la codificación internacional, en esa múltiple y compleja “filigrana” de relaciones que se establecen.

Vivimos en tiempos de preguntas fuertes y respuestas débiles. ¿Sólo “vale” la codificación del DIPr efectuada en el marco de los foros de codificación -tanto universal como regional-? ¿Y qué sucede cuándo en dichas usinas codificadoras la vía de producción normativa se efectúa con una metodología de *soft law* en lugar de una de *hard law*? ¿Qué es lo que se pone en tensión: la propia normativa, los intereses en juego, los actores participantes, los propósitos deseados, la finalidad de implementación en la práctica? ¿Hemos pasado -o estamos pasando- en la actualidad de una codificación *hard* a una codificación *soft*? ¿Esto vale para todos los temas o solo para aquellos vinculados al comercio internacional? ¿Se ha pasado de una negociación estatal o intergubernamental a una planeación estratégica para responder o dar soluciones de manera más rápida y efectiva a ciertos problemas que se suscitan en la práctica? Estos son solo algunos de los interrogantes que se abren cuando uno intenta analizar el fenómeno de la codificación a la luz de la gobernanza global, donde la fijación de la agenda, la multiplicidad de actores e intereses intervinientes, la manera de crear normas y la forma de implementarlas quiebran los modelos del patrón tradicional del Estado o la organización internacional como únicos focos productores de normatividad²⁴.

²² Ver D. KENNEDY, “El misterio de la gobernanza global”, *Revista de Derecho Público* (Universidad de Los Andes), n° 4, 2010, p. 4, disponible en:

http://www.law.harvard.edu/faculty/dkennedy/publications/el%20misterio%20de%20la%20govern_20100623113719.pdf

²³ R. BUCHANAN, “Reconceptualización del Derecho y la Política en los transnacional_ acercamientos pluralistas constitucionales y jurídicos”, *Revista Crítica Jurídica*, n° 25, 2006, pp. 157 ss.

²⁴ Según Atienza, “(...) la discusión sobre si el Derecho internacional es o no un verdadero Derecho tiene que ver, esencialmente, con la inexistencia de un Estado mundial, presentado de otra manera, con el hecho de que los destinatarios de sus normas no son, como en el caso del Derecho interno, personas individuales o colectivas sometidas a un poder superior, sino los propios Estados “soberanos”. Como consecuencia de ello, no existe en el orden internacional nada completamente equivalente (aunque existan instituciones semejantes) a lo que es una legislatura, una jurisdicción o una policía en el ámbito del Estado nacional. Eso confiere al ordenamiento internacional una indudable originalidad pero, naturalmente, no es razón suficiente para negarle por ello juridicidad. Mas bien habría que decir que se trata de un sistema jurídico peculiar (en relación con el Derecho interno de los Estados): por ejemplo, las normas internacionales tienen esencialmente un origen convencional (los Tratados entre los

Desde el ángulo de mira de la codificación del *soft law*, Kaufmann-Kohler se ha interrogado sobre la manera en que éste se codifica, ¿quiénes son los actores de la codificación?, ¿cuáles son las razones para la codificación y cuáles son los resultados?, ¿se aplica el *soft law*?, ¿se aplica más cuando es codificado?, ¿es lo mismo si se lo piensa desde una óptica judicial que desde una arbitral?, ¿cuál es su normatividad, si es que tiene alguna?, ¿cuál es su legitimidad?, ¿cuáles son los logros y las fallas?”²⁵.

La realidad viva del Derecho muestra, desde hace tiempo, en cuanto a la regulación de las relaciones privadas internacionales, una evolución significativa de reglas y principios no oficiales²⁶, que podría ser vista como una competencia entre sectores partidarios del positivismo jurídico que procuran aferrarse a las normas oficiales, emitidas por los Estados y organizaciones internacionales de un lado, y los llamados “mercaderes ilustrados” que ven en el derecho de fuente estatal o convencional una rémora, un obstáculo para el despliegue y progreso del comercio, de otro.

Podríamos preguntarnos si en materia de codificación del DIPr “es mejor tener un festival de fuentes en contraste, con ebullición de ideas, que un simple paquete higiénico, envuelto en polietileno”²⁷. En realidad la cuestión pasa por un posicionamiento acerca de la codificación “pública” y de la codificación “privada”, lo cual no debe llevar al equívoco de entender que toda codificación pública produce *hard law* pues no es un dato menos la cantidad de normativa de *soft law* producida por los organismos codificadores internacionales, tanto universales como regional. Como decía Galgano, “podrá no gustarles a quienes, como nosotros, por otra parte, hemos sido educados en la idea de la estatalidad del Derecho, en la ecuación Derecho igual a ley; y menos podrá gustarles a

Estados o las costumbres -generadas por la propia practica de los Estados); en lugar de mecanismos estrictamente jurisdiccionales, tienen una especial relevancia (como formas de resolución de conflictos "entre iguales" no sometidos a una autoridad pública, el no reconocimiento de los actos de otro Estado, la atribución de responsabilidad internacional. Los internacionalistas parecen tener en definitiva razón cuando acusan a los que niegan juridicidad a su objeto de estudio de partir de un presupuesto falso: la identificación sin más del Derecho con el Derecho estatal”. Ver M. ATIENZA, *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 34-35.

²⁵ Ver G. KAUFMANN-KÖHLER, “La codificación y la normatividad del *soft law* en el arbitraje internacional”, en: Fernández Arroyo, D. P. / Moreno-Rodríguez, J. A. (dirs.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, Asunción, La Ley, 2010.

²⁶ Ver M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000, pp. 13 ss.

²⁷ Frase de Lord Goff de Chieveley, citado por J.M. SMITS, “The Europeanisation of National Legal Systems”, en: Van Hoecke; M. (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2004, p. 239.

quienes confían en la formación democrática del Derecho, elaborado por fuentes legislativas. Pero tal ecuación se ha roto por las normas de los códigos rituales (...) que, para el arbitraje sustituyen la expresión ‘ley aplicable’ por ‘derecho aplicable’, que puede ser un derecho producido por fuentes extralegislativas”²⁸.

Ahora bien, la codificación del DIPr en los diferentes foros codificadores tiene sus matices. UNCITRAL, por ejemplo, constituye la principal usina generadora de Derecho comercial internacional y, al mismo tiempo, es la que mejor pone en evidencia el rol del sector privado en la elaboración de sus instrumentos, tanto de *hard law* como de *soft law*. No es una cuestión menor su metodología de trabajo a través de la cual los textos jurídicos son discutidos conjuntamente por delegados de los Estados y por representantes de entidades, “que van desde organizaciones internacionales universales y regionales de carácter interestatal o supranacional, hasta instituciones académicas más o menos representativas, pasando por una amplia gama de corporaciones privadas (cámaras de comercio –empezando por la CCI–, cortes de arbitraje, asociaciones de abogados, clubes de árbitros, asociaciones de bancos, etc.). Dependiendo de la materia, del texto concreto discutido en cada oportunidad y del prestigio personal o institucional, algunos de los observadores privados adquieren un rol ciertamente protagónico. Dicho protagonismo se acrecienta por el hecho de que las decisiones se adoptan por consenso y no por votación, extremo éste que daría preeminencia a los Estados miembros, que serían los únicos que podrían votar”²⁹.

En el caso de UNIDROIT también es posible observar la utilización de diferentes metodologías legislativas según el tipo de texto jurídico. El Convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y su protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico de 2001 es un instrumento de *hard law* absolutamente exitoso. Como punto contrapuesto, el instrumentos de *soft law* de los Principios sobre los contratos comerciales internacionales (1994/2004) también ha tenido un éxito rotundo. Esto demuestra que en el tablero de la codificación internacional no solo es posible (y deseable) que se genere una sinergia entre actores públicos y privados, sino que también resulta

²⁸ F. GALGANO, “Los caracteres de la juridicidad en la era de la globalización”, en: Silva, J. A. (coord.), *Estudios sobre la lex mercatoria. Una realidad internacional*, México, UNAM, 2006, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2201>

²⁹ Ver D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, “La multifacética privatización de la codificación internacional del derecho comercial” en: Basedow, J. / Fernández Arroyo, D. P. / Moreno Rodríguez, J. A. (dirs.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional*, Asunción, CEDEP /Thomson Reuters, 2010, disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/XXXVIII_Curso_Derecho_Internacional_Diego_Fernandez_Arroyo_multifacetica.pdf

conveniente evaluar para cada en particular qué metodología legislativa puede resultar mejor en la práctica.

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado también muestra este *aggiornamiento* en relación a las técnicas legislativas. Desde las tradicionales convenciones de *hard law* hasta los nuevos instrumentos de *soft law* -incluso los proyectados- y la composición de grupos de expertos para los trabajos pone de manifiesto la necesidad de construir normas de DIPr que resulten adecuadas a los tiempos que vivimos.

Los mecanismos de producción normativa que fomentan la participación privada constituyen un signo distintivo de esta etapa de codificación, así como también las diferentes metodologías utilizadas. Podrán, en cada caso, evaluarse los aspectos positivos y negativos de este proceso, pero lo cierto es nadie puede dudar que estamos frente a una nueva etapa que se consolida cada vez más.

La OEA además de ser un organismo intergubernamental es un foro codificador y de desarrollo progresivo del Derecho internacional en el ámbito de “las Américas”. En la “Declaración de Panamá sobre la contribución interamericana al desarrollo y codificación del Derecho internacional”³⁰, aprobada el 5 de junio 1996 por la Asamblea General de la OEA se pone de manifiesto en su segundo y tercer considerando que la OEA “constituye el principal e insustituible foro donde los Estados miembros, en igualdad de condiciones, adoptan normas jurídicas, tanto de derecho internacional público como de derecho internacional privado, para regular sus relaciones a nivel hemisférico; Que ello ha permitido la constitución de un rico patrimonio jurídico regional, que ha representado una valiosa contribución de la Organización de los Estados Americanos a la consolidación de un orden internacional pacífico, justo e igualitario”. Al mismo tiempo, en el cuarto considerando aclara que “el aporte del sistema jurídico interamericano a la formación de importantes principios del derecho internacional general ha sido reconocido en el plano universal, mereciendo destacarse de manera especial la elaboración de normas interamericanas en materia de protección de los derechos humanos, aplicación del principio de no intervención, establecimiento de procedimientos para la solución pacífica de las controversias, elaboración de principios de derecho de asilo y de normas sobre derecho del mar, fortalecimiento de la cooperación judicial, codificación y desarrollo del DIPr y creación de instituciones para el financiamiento y la promoción del desarrollo económico y social”.

³⁰ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Asamblea General. Declaración de Panamá sobre la contribución interamericana al desarrollo y codificación del Derecho internacional*, [OEA/Ser.P/XXVI-O.2], 1996, vol. 1, p. 6, disponible en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_12_XXVI-0-96_esp_declaracion_de_panama.pdf

La Asamblea General en la mencionada Declaración señala: “10. Su plena seguridad de que los retos y desafíos que se enfrentan en la actualidad requieren no sólo el desarrollo del derecho internacional a través de los tratados internacionales, sino también la adecuación de las legislaciones nacionales a los acuerdos internacionales vigentes para cada Estado. 11. Su convencimiento de que es necesario reforzar los vínculos de coordinación y de cooperación de la Organización de los Estados Americanos con otras organizaciones internacionales en el campo del desarrollo progresivo y la codificación del Derecho internacional, en especial con las Naciones Unidas. 12. Su voluntad de que la Organización de los Estados Americanos, a través de cursos, seminarios, estudios y publicaciones en el campo del Derecho internacional y de la cooperación jurídica, continúe cumpliendo su importante tarea en la capacitación e información a juristas, diplomáticos, académicos y funcionarios de toda la región. 13. Su interés en promover la más amplia difusión posible del sistema jurídico interamericano y, a este efecto, estudiar el uso de medios innovadores y eficaces en términos de costo para divulgar esta información, a fin de que sea plenamente conocido y aplicado efectivamente en los sistemas jurídicos nacionales”³¹.

En el ámbito de la OEA la CIDIP VI de 2002 constituyó un punto de inflexión ya que no solo la materia comercial fue puesta en el centro de la escena, sino que fue la primera vez que se modificó la estructura del mecanismo de codificación, pasando del *hard law* al *soft law*. Fernández Arroyo puso en su momento de manifiesto que se había producido “una cierta privatización del proceso codificador, lo que en conjunto significó un brusco golpe al paradigma dominante hasta entonces en dicho proceso. (...) El cambio de paradigma no pasó desapercibido ni para la OEA ni para un grupo de académicos latinoamericanos que propiciaron un documento en el cual, si bien se dio la bienvenida a un planteo modernizador de la codificación interamericana, se expresó también la preocupación por la pérdida de ciertos equilibrios imprescindibles para seguir desarrollando dicha tarea en un foro como el de la OEA”³². Si uno evalúa la situación en perspectiva, el cambio de *approach*, el “ablandamiento de la CIDIP” -como la denominó Fernández Arroyo- también trajo consecuencias positivas en el ámbito normativo latinoamericano, como luego veremos. Coincidimos en que “la elección de una u otra metodología debe estar en función de la materia a regular y de la situación del momento. En determinados casos será mejor una Ley Modelo y en otros puede resultar útil el método de la convención internacional, más

³¹ Ver nota 29.

³² Ver D. P. FERNÁNDEZ ARROYO (nota 28); asimismo ver, D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, “La CIDIP VI: ¿cambio de paradigma en la codificación interamericana de derecho internacional privado?”, XXIX *Curso de derecho internacional del CJI -2002*; D. TREJOS VARGAS, “As CIDIPs em seu novo papel: um foro eclético de harmonização de direito conflitual e material”, XXXI *Curso de Derecho internacional del CJI*, Washington, OEA, 2005, p. 404.

vinculante. Ahora bien, la combinación de metodologías debe tomarse en sentido muy amplio, es decir, no debe ceñirse a la opción entre Leyes Modelo y Convenciones, sino que, cualquiera que sea el método de reglamentación elegido, para cada materia debería evaluarse la procedencia de incluir normas de jurisdicción, de derecho aplicable, de reconocimiento y de cooperación. Además, dentro de las normas de derecho aplicable puede ser útil en algunos temas mezclar normas indirectas (“de conflicto”) con normas materiales directas”³³.

El CJI en 2022 en su Declaración sobre el Derecho internacional con ocasión de su centésimo período ordinario de sesiones (2 al 6 de mayo en Lima, Perú) declaró “su pleno convencimiento de que la OEA constituye el principal, insustituible y más adecuado foro donde los Estados miembros de la región, en igualdad de condiciones, elaboran, negocian y adoptan normas jurídicas comunes en la esfera del derecho internacional público y del DIPr, con las cuales regulan sus relaciones a nivel hemisférico. En ese sentido, el CJI es el Órgano esencial para la elaboración y la propuesta de este tipo de normas. Que la OEA contribuye de forma valiosa a la constitución de un orden internacional pacífico, justo e igualitario, patrimonio jurídico que en muchos casos ha tenido su origen en los trabajos del CJI y que, en el desarrollo del mismo, debe seguirse favoreciendo la colaboración y la mutua comprensión entre sistemas jurídicos nacionales diversos”³⁴.

Mucho se ha hablado y discutido en reuniones académicas de diverso tipo -e incluso en las de la ASADIP- acerca de la “duplicación de esfuerzos” en las tareas legislativas por parte de los foros de codificación universales y regional³⁵. Em esa línea, un nutrido grupo de profesores de DIPr latinoamericanos firmamos y aprobamos el 18 de diciembre de 2003 la “Declaración de Córdoba”, donde se señaló que estábamos “persuadidos del significativo impulso modernizador que las Convenciones interamericanas adoptadas y los demás documentos aprobados en el seno de la CIDIP han ejercido sobre los sistemas estatales y subregionales de DIPr; deseosos de mantener y perfeccionar un proceso de codificación que arroja un balance claramente positivo, de modo que sea apto para seguir generando las soluciones comunes que los actuales problemas jurídicos exigen (...)”. En esa

³³ D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, “La CIDIP VI: ¿cambio de paradigma en la codificación interamericana de derecho internacional privado?” (nota 29).

³⁴ COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, *Declaración del Comité Jurídico Interamericano sobre el Derecho internacional con ocasión de su centésimo período ordinario de sesiones*, [OEA/Ser.Q, CJI/DEC.02 (C-O/22)], 2022, disponible en: https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-DEC_02-C-O-22_ESP.pdf

³⁵ Ver D. OPERTTI BADÁN, “L’oeuvre de la CIDIP dans le contexte du droit international privé actuel”, *Liber amicorum Georges A.L. Droz*, La Haya, Nijhoff, 1996, pp. 269-286 y, del mismo autor, “Unification of Laws in the Western Hemisphere: The Contribution of the Organization of the Organisation of American States”, *Uniform Law Review*, 1981, pp. 60-67.

línea se declaró que “la codificación internacional del DIPr a escala regional continúa siendo necesaria en términos jurídicos y políticos; que América, continente pionero de los esfuerzos internacionales para armonizar y unificar el DIPr, tiene el deber histórico de mantener esa tradición, cultivando un constructivo diálogo con los demás foros codificadores del mundo; que la OEA sigue siendo el foro adecuado para seguir desarrollando el proceso de codificación del DIPr en las Américas; (...) que para ello sería útil que, además de los canales de cooperación entre las autoridades, se empleen otros cauces de colaboración como los que existen en los ámbitos académicos, los cuales deben participar activa,ente del procsco de codificación”³⁶.

La CIDIP ha sido el instrumento para lograr la modernización del DIPr americano; ahora bien, la metodología de *soft law* ha llegado para quedarse en el seno de los trabajos del CJI, tal como lo demuestran los diferentes textos jurídicos producidos desde la CIDIP VI hasta hoy. Si bien la labor de producción normativa del DIPr se lleva a cabo en el seno del CJI, no puede dejar de llamar la atención la apertura producida en la consulta de las normas a través de cuestionarios dirigidos a profesores/as de DIPr de diferentes países, muchos de ellos canalizados a través de la ASADIP, constituyendo otra muestra de cómo se legisla en la actualidad el DIPr en el seno de un foro de codificación regional.

Recientemente, la Asamblea General en su Resolución A(G/RES. 3030 (LIV-O/24)) de 27 de junio de 2024 solicitó al CJI “que siga considerando la incorporación en su agenda de trabajo de un mayor número de temas relacionados con el desarrollo progresivo del DIPr a nivel regional y que, de así considerarlo necesario, proponga a la Asamblea General la actualización de los instrumentos jurídicos pertinentes y/o la adopción de nuevos tratados e instrumentos de derecho blando que reflejen la práctica regional, así como las particularidades y necesidades específicas en materia de derecho internacional privado y las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, tomando en cuenta los resultados de la Sesión Extraordinaria celebrada en el seno de la CAJP el 1° de febrero de 2024”. En materia específica de DIPr reconoció “el papel fundamental de las CIDIPs que entre 1975 y 2009 lograron producir 26 instrumentos interamericanos de diversa naturaleza, los cuales han enriquecido la legislación nacional y la jurisprudencia de los Estados de la región en temas tales como la cooperación

³⁶ Ver la Declaración de Córdoba, disponible en: <http://scm.oas.org/pdfs/2004/CP12294S.pdf> y, al respecto puede consultarse: D. P. FERNÁNDEZ ARROYO / F. MASTRÁNGELO (orgs.), *El futuro de la codificación del derecho internacional privado en América: de la CIPID VI a la CIDIP VII*, Córdoba, Alveroni, 2005.

jurídica y judicial entre los Estados, así como las relaciones civiles, de familia y comerciales”³⁷.

En esa línea, en el tablero de la codificación del DIPr interamericano hay algunos datos dignos de mención: el hecho, por ejemplo, de que los miembros del CJI asistieran a las XVI Jornadas de la ASADIP llevadas a cabo en Río de Janeiro en 2023, que la ASADIP fuera invitada a interactuar con los miembros del CJI o que el Director del Departamento de Derecho Internacional de la OEA -Dante Negro- participe del MIFPIL (*Meeting of International Forums on Private International Law-MIFPIL*- Foros de producción jurídica internacional: entre la armonización del derecho y la gobernanza global), no son datos menores de la sinergia entablada y que se consolida año a año entre el Departamento de Derecho Internacional de la OEA y el ámbito académico representado por la ASADIP.

II. Impacto de la producción intergubernamental y su incorporación

Quizás la relación entre el DIPr y los derechos nacionales sea uno de los arquetipos que mejor pone de relieve los signos distintivos de la mutación contemporánea del Derecho en general, y del DIPr en particular. El tema es atrapante porque constituye una problemática compleja y de vastas aristas que merece ser analizada de manera crítica. En ese sentido, uno podría sentir la tentación de referirse a la relación entre las fuentes, a la jerarquía normativa, a la incidencia del Derecho internacional de los Derechos Humanos, entre otros tantos tópicos. Sin embargo, aunque estas discusiones mantienen absoluta vigencia y relevancia, quisiera dedicarme a reflexionar -aunque de manera muy somera- sobre el “impacto de la producción normativa del DIPr en los derechos nacionales” porque en la actualidad se está produciendo un debate y un diálogo, muchas veces apasionado -y que no suele dejar a nadie indiferente-, donde se entrecruzan aspectos que tienen que ver con la intersección entre lo público y lo privado, la manera de concebir el sistema normativo actual del DIPr, los diferentes actores que intervienen en el tablero de la construcción normativa, las diversas técnicas de producción legislativa, el impacto en la práctica por parte de los operadores del sistema, la validez y legitimidad, el avance del *soft law* y del derecho no estatal, la aplicación judicial, entre otros. Incluso la apreciación del DIPr puede ser muy diferente según los Estados.

Roberto Gargarella sostenía que leer un norma jurídica (en este caso de Derecho internacional y de derecho interno) es como leer las reglas de

³⁷ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Asamblea General. Derecho Internacional, [OEA/Ser.P, AG/doc.5871/24], 2024, p. 171-184, disponible en <https://scm.oas.org> › SPANISH › HIST_24

juego; “no es ver el juego”. Una cosa es el texto y otra lo que éste con actores, escenarios y prácticas mediante, en contexto produce y reproduce³⁸. Esta idea del “derecho en los textos jurídicos” y del “derecho en acción” pone en contexto lo que intento decir. Por ello, para referirme al “impacto de la producción normativa del DIPr en el derecho interno”, considero que es necesario deslindar dos ámbitos: el de la producción “intergubernamental”, por una parte, y el de la producción “privada”.

En relación al “impacto de la producción intergubernamental y su incorporación” resulta preciso distinguir si esta es directa o indirecta. El impacto directo se dará a través de la vía de la “ratificación” de las convenciones o de la vía de la “implementación” por medio de Leyes Modelo o Guías Legislativas. Por su lado, el impacto indirecto operará por vía de “inspiración”. Tampoco puede dejar de mencionarse que un signo distintivo del DIPr contemporáneo es el avance del derecho no estatal y, por tanto, existe un impacto de la producción normativa privada. Un “ejemplo consumado” son los Principios de UNIDROIT sobre los contratos internacionales o los INCOTERMS de la Cámara de Comercio Internacional, por ejemplo. Un “ejemplo a consumir” son los Principios TRANSJUS sobre acceso internacional a la justicia de la ASADIP.

1. Directo

A) Vía ratificación

En el ámbito interamericano -como ya lo señaláramos anteriormente-, la producción de la obra de las CIDIPs ha contribuido decisivamente a lograr la modernización de los sistemas estatales de DIPr latinoamericanos. Hay algunos datos que merecen resaltarse: hasta el momento, el proceso de la CIDIP ha producido 26 instrumentos interamericanos (incluidas 20 Convenciones, 3 Protocolos, una Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias y dos Documentos uniformes y Registro) que cubren una gran variedad de temas. Fuera del ámbito de la CIDIP, también cabe tener presente -como producto del CJI- la Ley Modelo sobre sociedades por acciones simplificada, la Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas, los Principios para recibos de almacenaje electrónico para productos agrícolas, la Guía de buenas prácticas en materia de cooperación jurisdiccional para las Américas y la Guía del derecho aplicable a las inversiones extranjeras.

³⁸ Ver R. GARGARELLA, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Promesas e interrogantes”, disponible en: http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_atinoamericano.pdf

Claro está que el impacto directo de las CIDIPs en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos se da por vía de la ratificación de las convenciones interamericanas de *hard law*.

En primer lugar, basta simplemente con observar el cuadro de instrumentos y de ratificaciones de la OEA³⁹ para advertir una suerte de revitalización de las ratificaciones de las Convenciones interamericanas en los últimos 25 años (un sensible incremento de 1995 a 2000) que muestra que las soluciones siguen incorporándose a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la OEA). Solo a título meramente ejemplificativo mencionar entre las últimas ratificaciones de 2005 a esta parte (últimos 15 años) resaltan las convenciones en materia de derecho de familia (Uruguay en 2009 y Paraguay en 2011 de adopción), Antigua y Barbuda (2005), Colombia (2008) sobre restitución de menores, Colombia (2010) obligaciones alimentarias, y la última de República Dominicana de 2011 sobre tráfico internacional.

En segundo lugar, hay que hacer un matiz (que luego nos permitirá apreciar el impacto indirecto “vía inspiración”): la “influencia” o el “éxito” de un instrumento convencional no solo se mide en término de “ratificaciones” sino que, indudablemente, va más allá de las mismas. Sin ir más lejos, la CIDIP V de México de 1994 sobre derecho aplicable a los contratos ha ejercido una influencia notable. La influencia de la CIDIP V en materia de contratos no solo se ha hecho sentir en el derecho interno de los Estados, sino también en un particular instrumento de *soft law* producido por la Conferencia de La Haya de DIPr a través de sus Principios de 2015.

La CIDIP V de México de 1994 sobre derecho aplicable a los contratos internacionales- como ha señalado el profesor venezolano Eugenio Hernández Bretón- constituye “la expresión postmoderna por excelencia del DIPr, y es un modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina”. El instrumento fue suscripto por varios países (Bolivia, Brasil, México, Uruguay y Venezuela), pero solamente ha sido ratificada por México y Venezuela. Sin embargo, nadie puede cuestionar la “notable influencia en los sistemas nacionales en materia contractual que ha producido la CIDIP V sobre contratos”⁴⁰.

La “expectativa” generada por la Convención de México de 1994 y la “realidad” fueron muy diversas. Si bien en un comienzo la Convención fue

³⁹ Ver el estado de ratificaciones de los instrumentos de las CIDIPs en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/derecho_internacional_privado_resumen_estado_firmas_ratificaciones.pdf

⁴⁰ Ver R. HERBERT, “La Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, Año 1, n° 1, 1994, pp. 45 ss.

muy bien recibida⁴¹, las expectativas de lograr una transformación radical de los sistemas de contratación internacional de los países de América Latina⁴² como consecuencia de la adopción y ratificación dicho instrumento tuvieron que dar paso a la realidad de una marcada inacción por parte de los países del continente americano. Incluso, tal como lo pone de manifiesto Hernández Bretón, las posibilidades de utilizar los avances de la Convención han sido limitadamente aprovechadas. Así, los casos de la Ley de Derecho internacional privado de Venezuela de 1998, de la Ley de Derecho internacional privado de la República Dominicana de 2014, del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de 2014, del Código de Derecho internacional privado de Panamá de 2014 y de la Ley sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales de Paraguay de 2015.

A 30 años de la Convención de México y frente a los modestos resultados de ratificaciones en términos numéricos, lógico es preguntarse qué sucedió, qué elementos hicieron que la misma quedara “estancada” como tratado internacional, qué pasó para que concentrara “tanto interés de los especialistas como desdén de los legisladores”⁴³. Los argumentos han fluctuado en que las razones por las que los Estados no ratificaron el instrumento fue por la falta de información y difusión en cuanto a su contenido y a las modalidades bajo las cuales las soluciones de esta Convención podrían ser recibidas en los países del sistema interamericano; por otra parte se ha señalado que la admisión de la *lex mercatoria* como pilar de la Convención no gozaba en la fecha de suficientes partidarios y, finalmente, hubo quienes expresaron que la normativa no resultar equilibrada

⁴¹ Ver A. BOGGIANO, “La Convention interamericaine sur la loi applicable aux contrats internationaux et les Principes d'UNIDROIT”, *Uniform Law Review*, vol. 1, n° 2, 1996, pp. 219-228; E. HERNÁNDEZ-BRETÓN, “Contratación Internacional y autonomía de las partes: Anotaciones comparativas”, *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República* (Caracas), n° 12, 1995, pp. 15-94; M.B. NOODT TAQUELA, “Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales”, en: *El Derecho Internacional Privado interamericano en el umbral del siglo XXI*, Madrid, Eurolex, 1997, pp. 89-134; N. GONZÁLEZ MARTÍN, “La Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales”, en: Calvo Caravaca, A./ Carrascosa, J. (dirs.), *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, pp. 243-260.

⁴² E. HERNÁNDEZ-BRETÓN, “La Convención de México (CIDIP-V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina”, *Derecho del Comercio Internacional. Temas y actualidades- DeCITA*, n° 9, 2008, pp. 167-189.

⁴³ Ver D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, “La doctrina latinoamericana en materia de contratos internacionales: entre la renovación generacional y las desmitificaciones”, disponible en: <https://socioedip.wordpress.com/wp-content/uploads/2013/12/dpfa-contratos-internacionales.pdf>

ya que se dejaban fuera ciertos contratos con partes típicamente débil en la relación contractual⁴⁴.

La Convención de México tuvo un efecto doble: no solo generó un avance considerable en relación al ámbito geográfico latinoamericano, sino que también a nivel mundial hizo que la Conferencia de La Haya de DIPr pusiera sobre la mesa otra vez el tema con sus Principios de 2017. Quizás la ambigüedad de ciertas normas claves impidió que la CIDIP V diera el salto triunfal desde el plano teórico e intelectual al de la vigencia efectiva como instrumento convencional interamericano.

Ahora bien, en lo relativo a los contratos internacionales y al evaluar el escaso número de ratificaciones de la CIDIP V, dentro del seno CJI se empezó a discutir qué seguía para las Américas⁴⁵. Las opciones posibles eran insistir exclusivamente con lograr mayores ratificaciones de la Convención de México, o modificar tal instrumento -tomando en consideración los nuevos desarrollos-, o preparar una Ley Modelo o una Guía para contratos internacionales. El CJI, luego de circular un cuestionario entre los Estados miembros de la Organización y especialistas de DIPr, analizó todas las alternativas⁴⁶, tomando nota que los Principios de La Haya de 2015 sobre la elección del derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales⁴⁷ habían llegado más lejos que la Convención de México de

⁴⁴ Ver F. JUENGER, "The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons", *American Journal of Comparative Law*, 1994, vol. 42, pp. 381-394.

⁴⁵ Ver J. A. MORENO RODRÍGUEZ, "Beyond the Mexico Convention and The Hague Principles: What's next for the Americas?", *Uniform Law Review*, vol 22, n° 2, 2017, pp. 435-442.

⁴⁶ Ver, en este sentido, el Cuestionario referente a la aplicación de las Convenciones Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (Documento CJVdoc.481115) y el documento "Fomentación del Derecho contractual internacional en las Américas: una Guía a los Principios jurídicos (presentado por los doctores José Antonio Moreno Rodríguez y Ana Elizabeth Villalta Vizcarra)", OEA/Ser.Q CJI/doc. 510/16 27 de septiembre, disponible en:

https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/informes_culminados_recientemente_Contratos_Internacionales_CJI-doc_510-16.pdf y el documento "Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas", documento OEA/Ser.Q, CJI/doc.487/15 rev. 1), disponible en:

https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/informes_culminados_recientemente_Contratos_Internacionales_CJI-doc_577-19.pdf

⁴⁷ Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/21356f80-f371-4769-af20-a5e70646554b.pdf>. Ver, entre otros, J. BASEDOW, "The Hague Principles on choice of Law, their addressees and impact", *Revista Chilena de Derecho Internacional Privado*, 2017, n° 3, 2017, pp. 21-30; K. BOELE-WOELKI, "Party autonomy in litigation and arbitration in view of The Hague Principles on choice of law in international commercial contracts", *Recueil des Cours*, vol. 379, 2016, pp. 40-72; S. SYMEONIDES, "The Hague Principles on Choice of Law for International Contracts: Some Preliminary Comments", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 61, n° 4, 2013, pp. 873-900; L. GAMA, "Tacit choice of Law in The Hague Principles", *Uniform*

1994 y que sus disposiciones podrían servir para “enmendar el documento interamericano”. Finalmente, el Comité se decantó por una propuesta de *soft law* como la Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas⁴⁸, la cual fue aprobada en febrero de 2019, tomando formalmente nota la Asamblea General de la OEA en su primera sesión plenaria, celebrada el 27 de junio de 2019. La Asamblea exhortó a que se le diera la más amplia difusión posible por intermedio de su Secretaría Técnica⁴⁹.

La ASADIP emitió una “Declaración de apoyo a la Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales de las Américas”, en 2019 señalando: “1. Que apoya el documento definitivo de la Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales de las Américas. 2. Que se compromete a trabajar para establecer canales de

Law Review, vol. 22, n° 2, 2017, pp. 336-350; J. A. MORENO RODRIGUEZ, “Principios de La Haya: ¡Al fin una solución universal para problemas de derecho aplicable a la contratación internacional”, disponible en:

<https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/internacional-privado/Jose-Antonio-Moreno-R-Principios-De-La-Haya.pdf> . Los Principios de La Haya tienen por fin armonizar los enfoques de elección de derecho en los contratos comerciales internacionales proporcionando un modelo universal que los legisladores (ya sea a nivel local, regional, supranacional o internacional), los jueces judicial y los árbitros, pueden usar para crear, complementar, desarrollar reglas existentes o, incluso, servir de inspiración para la redacción de normas futuras.

⁴⁸ Ver J. A. MORENO RODRIGUEZ, “La nueva Guía de la Organización de Estados Americanos y el derecho aplicable a los contratos internacionales (Parte I), *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 73, n° 1, 2021, pp. 187-206. El propósito de la Guía es promover el desarrollo de la ley de contratos internacionales en las Américas. Con el fin de hacerlo, la Guía “pretende promover una mayor comprensión de la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales y de los principios en que se funda, para rectificar la falta de información y desinformación sobre el instrumento y para aclarar las incertidumbres e inconsistencias en las diferentes versiones lingüísticas; compilar y difundir éstos como un conjunto de principios sobre el derecho de obligaciones internacionales para las Américas, con base en la Convención de México y con la incorporación de los acontecimientos posteriores en el campo hasta la fecha; al servicio de los Estados Miembros de la OEA en sus esfuerzos para adoptar la legislación nacional en el ámbito de la ley de contratos internacionales a través de la ilustración de la utilización de estos principios y su incorporación en la legislación nacional; para servir a los legisladores, las partes contratantes, abogados, miembros del poder judicial, y todas las demás personas que trabajan en el campo de la ley de contratos internacionales en las Américas. Es importante aclarar que el objetivo de esta iniciativa es proporcionar una guía sobre el derecho de los contratos internacionales en las Américas; no es una Guía para la Convención México. Por supuesto, como la Convención comprende la “espiná” en esta tema, que sirve como punto de partida principal. Teniendo en cuenta la reciente aprobación por la Conferencia de La Haya de los Principios sobre la elección de la ley en los contratos comerciales internacionales y su estrecha relación y relevancia de la Convención México, éstos serán referenciados en gran medida también”.

⁴⁹ Ver al respecto AG/RES. 2930 (XLIX-/19), disponible en:

<http://www.oas.org/consejo/sp/AG/resoluciones-declaraciones.asp>.

cooperación con las autoridades nacionales, a fin de persuadirlas acerca de la importancia de la labor del Comité Jurídico Interamericano en la materia y de la enorme trascendencia que tendrá la Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales de las Américas, no solo para aquellos países que aún no cuentan con una regulación específica sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales, sino también para aquellos Estados que están promoviendo reformas legislativas a fin de adecuar sus normas a las más modernas soluciones en la materia. 3. Que le dará la mayor difusión posible al documento definitivo de la Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales de las Américas en el ámbito académico y jurídico”⁵⁰.

b) vía implementación

Si dejamos de lado la vía de la ratificación de las Convenciones y nos centramos en la vía de la implementación que implica la denominada “incorporación material”, consistente en transcribir íntegramente el texto internacional en la normativa legal interna en cuestión, resulta insoslayable referirse al papel que ha jugado la CIDIP VI. Ella constituye un punto de inflexión en la metodología codificadora propia de la CIDIP.

Fruto de la CIDIP VI interesa destacar la Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias, adoptada en 2002 y, producto de la CIDIP VII de 2009 el Reglamento Modelo de Registro. De la metodología de las Convenciones como instrumentos *hard* se pasa a instrumentos de *soft law*. Y, paradójicamente, la Ley Modelo sobre garantías se convierte en un instrumento que se incorpora al derecho interno de los Estados vía implementación con un éxito indudable. En algunos casos, casi abrumador, me atrevería a decir, en muy poco tiempo. En América Latina y el Caribe, de 2006 a 2014 se han sancionado varias leyes de garantías mobiliarias: Perú, Guatemala, Honduras, El Salvador, Jamaica, Panamá, Colombia, Costa Rica y Nicaragua, las cuales, en mayor o menor medida siguen los lineamientos de la Ley Modelo de la OEA y también de la Guía Legislativa de UNCITRAL sobre operaciones garantizadas. Varios Estados han llevado a cabo reformas en garantías mobiliarias, República Dominicana de 2020 y otros han emprendido reformas recientemente, entre ellos Chile, Haití y Paraguay. Cabe resaltar que más allá de que las leyes sobre garantías estén basadas en la Ley Modelo de la OEA, la única legislación que hace mención a ella de manera explícita y que deja sentada su opinión con respecto a que la

⁵⁰ Disponible en: <http://www.asadip.org/v2/?p=6245>

normativa de la OEA propiciaría una base idónea de armonización regional es la Ley de El Salvador de 2013.

Debe llamarse la atención aquí no solo en relación a la exitosa implementación en los derechos nacionales, sino en un aspecto trascendente como es la “coordinación internacional sobre reformas legislativas en materia de garantías mobiliarias”. En el caso interamericano el proceso ocurre en aproximadamente tres fases: 1) una fase legislativa a nivel multilateral que comprende el desarrollo de estándares internacionales, tales como Convenciones, Leyes Modelo, Guías Legislativas y otros instrumentos de *soft law* (producidos no solo en el marco de la OEA sino de otros foros de codificación universal (UNCITRAL- Guía Legislativa-, La Conferencia de La Haya y el propio UNIDROIT, pasando por desarrollos del BM y del BID -de allí que se aluda a una “fiebre codificadora en materia de garantías”-) 2) una fase de implementación a nivel de Estado nacional que comprende el desarrollo y la implementación de leyes nacionales y registros de garantías; y 3) una fase de uso a nivel comercial que comprende el desarrollo y el lanzamiento de nuevos productos crediticios.

Resulta tan indiscutido el éxito de los instrumentos de *soft law* productos de la CIDIP en materia de garantías que cabe preguntarse si en su debilidad (por oposición al *hard law*) está la fuerza de su implementación en la práctica.

El aprovechamiento de las tendencias abiertas por la CIDIP VI y VII y el “ablandamiento” de las técnicas normativas no es un dato menor tampoco en el tema contractual. En este sentido, José A. Moreno Rodríguez en las Jornadas de ASADIP de 2016 planteaba que más allá de la Convención de México y los Principios de La Haya, ¿qué seguía para las Américas? Y lo que siguió fue la Guía Legislativa sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas, elaborada en el seno del CJI, la Ley Modelo sobre sociedades por acciones, los Principios para recibos de almacenaje electrónico para productos agrícolas, la Guía de buenas prácticas en materia de cooperación jurisdiccional para las Américas y la Guía del derecho aplicable a las inversiones.

Finalmente, en cuanto al impacto de la producción intergubernamental vía implementación, aunque esté “por fuera de los instrumentos interamericanos”, no podemos dejar de mencionar la notable influencia de un instrumento como la Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje en los ordenamientos internos latinoamericanos en sus leyes nacionales de arbitraje.

2. Indirecto

A) vía inspiración

La modernización de los sistemas nacionales prácticamente de la totalidad de los sistemas de DIPr latinoamericanos (ya sea de sus reformas o proyectos de reforma -sectoriales o globales-) que han tenido lugar en los últimas décadas se inspiran en las CIDIPs⁵¹. Eso no solo ocurre en el ámbito del DIPr de fuente interna sino también varios de los textos aprobados por el MERCOSUR reconocen como antecedente la normativa de las Convenciones interamericanas.

Lo que resulta realmente significativo es que la recepción “indirecta” de las soluciones de la CIDIP en la normativa estatal adquiere más relevancia práctica que la incorporación “directa” (vía ratificación) de las Convenciones en aquellos países en los cuales el Derecho internacional no goza de una jerarquía superior o de una consideración prioritaria en relación con las normas autónomas.

En la Exposición de Motivos de La ley venezolana de DIPr de 1998 se señala que “comenzó en 1975 la nueva fase de codificación interamericana, en la cual Venezuela participa activamente. Desde la proposición de los temas, pasando por la elaboración y discusión de los proyectos de convenciones, finalizando con la aprobación y ratificación de las mismas, Venezuela juega en este proceso un rol protagónico”⁵². En la aplicación del derecho extranjero (art. 2), sigue a la Convención interamericana sobre normas generales de DIPr; en relación a la regulación de la cuestión previa (art. 6) se recoge la misma fórmula de la Convención interamericana sobre normas; en materia de domicilio se sigue lo estipulado en la Convención interamericana sobre domicilio de las personas físicas en el DIPr y se prevé la regulación de las personas jurídicas (art. 20), según lo dispuesto en la Convención interamericana sobre la personalidad y capacidad de personas jurídicas en el DIPr. No solo en materia sustancial la Ley venezolana bebe de la fuente de las CIDIPs, sino que también lo hace en materia procesal al referirse a la eficacia parcial de una sentencia extranjera (art. 54), siguiendo, en este sentido, lo dispuesto en el artículo 4 de la Convención interamericana sobre Eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros. En materia de contratos, la Ley venezolana⁵³ incorporó los principios

⁵¹ Ver, por ejemplo, L. PEREZNIETO CASTRO, “Las influencias recíprocas entre la codificación interamericana y los sistemas de Derecho internacional privado”, en: *El Derecho Internacional Privado Interamericano en el umbral del siglo XXI, Sextas Jornadas de Profesores de Derecho internacional privado*, Segovia, 1995, Departamento de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado, Madrid, Eurolex, 1997, pp. 243 ss.

⁵² Ver <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc22/22-25.pdf> y y, entre otros trabajos, Y. PÉREZ, “Aportes de la Ley de Derecho internacional privado venezolano a la codificación ius internacional privatista”, *Ars Boni et Aequi*, n° 2, año 19, 2014, p. 68.

⁵³ Sobre la Ley venezolana ver T. B. DE MAEKELT / C. RESENDE / ESIS VILLAROEL, I., *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2005.

informadores de la Convención de México, con lo que ellos tienen aplicación residual⁵⁴. Vale decir, no se copió literalmente el instrumento convencional, sino que se lo tomó como base para la regulación interna en materia de contratos internacionales. Incluye 3 artículos (del 29 al 31) que reproducen los principios contenidos en la CIDIP V y dispone que las posibles lagunas podrán suplementarse con sus principios.

La Ley de DIPr de República Dominicana de 2014 en su “considerando cuarto” señala expresamente que “este nuevo instrumento legal, sin apartarse de la tradición jurídica francesa, no puede ignorar las realizaciones practicadas en el seno de la CIDIP” y, específicamente en materia de contratos, sigue mayormente el modelo de la Convención de México. Tiene una influencia de la CIDIP V, aunque se aleja de aspectos fundamentales como la determinación del derecho aplicable cuando las partes contratantes no lo hayan elegido.

En el caso del Código Civil y Comercial de Argentina -en vigor desde agosto de 2015-, muchas de sus normas se inspiran en disposiciones de las CIDIPs. Así, a título de ejemplo, baste mencionar la influencia del art. 9 de la Convención interamericana sobre normas generales de DIPr (CIDIP II) sobre el art. 2595 en materia de aplicación del derecho extranjero y del art. 6 de la misma Convención interamericana sobre el art. 2597 sobre fraude. El art. 2629 sobre jurisdicción en materia de alimentos reconoce su fuente en los arts. 15 y 16 de la Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores. Asimismo, el art. 2658 sobre jurisdicción en títulos valores se inspira en el art. 8 de la Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas (CIDIP I), al igual que el art. 2659 sobre forma y sustracción y pérdida que se inspiran en el mismo instrumento convencional. Cabe resaltar también el impacto del art. 7 de la CIDIP V en materia de contratos en la elección del derecho aplicable. A pesar de que Argentina no ratificó la Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de cheques (CIDIP II), su art. 5 es la fuente del art. 2662 del CCyCN.

Muchas de las soluciones de la Ley General de DIPr uruguaya de 2020 surgen de la aplicación de las convenciones ratificadas por Uruguay. En la propia Exposición de Motivos se cita la influencia de las CIDIPs señalando que “en el plano regional, Uruguay ha ratificado varias convenciones actualmente vigentes generadas por la CIDIP en el marco de la OEA, siempre con relevante participación de Uruguay. Dicha Conferencia se ha reunido en seis instancias en las que se aprobaron numerosas convenciones en materia procesal, civil y comercial, además de una referida a la técnica de aplicación

⁵⁴ Ver E. HERNÁNDEZ BRETÓN, “La Convención de México (CIDIPV, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina”, *DeCITA 9, Derecho del Comercio Internacional. Temas y Actualidades*, n° 9, 2008, p. 170.

de la norma de conflicto que ha sido de gran utilidad a la jurisprudencia (Convención interamericana sobre normas generales de DIPr)⁵⁵. En esta línea, la Ley General de DIPr de Uruguay recoge en sus primeros artículos el contenido de la Convención de normas generales de Montevideo de 1979. Asimismo bebe de la CIDIP V sobre derecho aplicable a los contratos internacionales y reconoce la especialidad del Derecho comercial internacional. En la parte atinente al domicilio de las personas físicas sigue a la Convención interamericana de 1979 sobre domicilio de las personas físicas, entre otras disposiciones.

Aunque no se trate de una Ley de DIPr, merece sin embargo ponerse de resalto el caso de una normativa sectorial, como la Ley paraguaya de contratos internacionales⁵⁶ de 2015 la cual, en su Exposición de Motivos, destaca que la misma “incorpora el espíritu y las bondades de la Convención de México de 1994 y los adelantos de la Conferencia de La Haya”. Asimismo, en los arts. 11, 12, 15 y 16 -ante la ausencia de elección del derecho aplicable o la ineficacia de la elección- reproduce casi literalmente lo dispuesto en la CIDIP V sobre derecho aplicable a los contratos internacionales. Incluso la Ley paraguaya, no solo le hace un guiño favorable a los Principios de UNIDROIT sino que en el art. 5 alude a la aplicación del derecho no estatal, haciendo referencia a que el término “derecho” incluye normas de origen no estatal. Como puede apreciarse, la ley paraguaya va incluso más allá la Convención de México, diciéndolo expresamente⁵⁷.

Ciertos instrumentos interamericanos también han servido de inspiración para el trabajo normativo de otros foros codificadores. Por ejemplo, la Convención de México de 1994 sirvió de inspiración para la elaboración de los “Principios de La Haya sobre la elección del derecho aplicable en materia de contratos internacionales”, circunstancia ésta que a veces no es destacada suficientemente.

⁵⁵ Ver <http://www.diputados.gub.uy/data/docs/LegActual/Repartid/R0216-A01.pdf>

⁵⁶ Ver <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/4553/ley-n-5393-sobre-el-derecho-aplicable-a-los-contratos-internacionales>

⁵⁷ Ver J.A. MORENO RODRÍGUEZ, “Nueva ley paraguaya de contratos internacionales: ¿regreso al pasado?, en: *Temas actuales de Derecho bancario y societario*, Asunción, IPDBS / Intercontinental Editora, 2015, pp. 121-201; R. RUÍZ DÍAZ LABRANO, “Ley aplicable a los contratos internacionales en base a los Principios de La Haya. Ley N° 5393 de fecha 15 de enero de 2015 de la República del Paraguay”, *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 2016, disponible en:

<https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/article/view/15934>; Ver H.E. ESTIGARRIBIA GUTIÉRREZ, “Aporte desde el Derecho internacional privado a la legislación paraguaya: la Ley N° 5393/15 ‘sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales’”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, vol. 5, n° 9, 2017, disponible en: http://scielo.iics.una.py/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2304-78872017000100280

Fuera de los instrumentos interamericanos, otras Leyes Modelos, Guías Legislativas, Principios como los de UNIDROIT, Guías de Buenas Prácticas, han servido de inspiración a normas de DIPr de fuente interna.

La Guía de la OEA sobre contratos cumple diversas finalidades, pudiendo servir a los Estados Miembros de la OEA en sus iniciativas para modernizar sus leyes internas en la materia en sintonía con los Principios de La Haya y la Convención de México. Obviamente también podría inspirar esfuerzos que se hagan a nivel de los procesos de integración regional en este sentido. La recomendación 8.2 exhorta a jueces, árbitros y partes contratante y sus asesores letrados a que tengan en cuenta estas disposiciones al interpretar y redactar los contratos comerciales internacionales.

Cabe destacar que los Principios para recibos de almacenaje electrónico para productos agrícolas de 2016 fueron tenidos en cuenta por el Grupo de Expertos en las reuniones de trabajo para la redacción de la Ley Modelo sobre *warehouse receipt* de UNIDROIT.

2. Impacto de la producción privada

Si bien el objeto de este trabajo gira en torno al “impacto de las CIDIPs en los ordenamientos jurídicos estatales latinoamericanos” consideramos que, a los fines de tener un panorama completo de lo que sucede a nivel de codificación del DIPr en los Estados latinoamericanos, “no puede” y “no debe” dejarse de lado el impacto que tiene, y que podría tener, la producción privada de normas.

No pasa para nadie inadvertido el hecho de la creciente utilización en la instrumentación de los negocios internacionales de reglas y usos surgidos, en principio, de la práctica espontánea, de la fertilidad de la mente empresarial de los comerciantes y, con el transcurrir de las décadas, multiplicados por el accionar creativo de organismos internacionales, privados y públicos, tanto separada como conjuntamente. La propia actividad mercantil ha ido creando pautas concretas de comportamiento, nuevos modos de cumplir deberes típicos y atípicos, maneras propias de acordar, elaborando nuevas figuras contractuales y, a la vez, sistemas privados de resolución de disputas entre pares, intentando escapar de la lentitud y falta de especialización de la justicia estatal. Esa congerie de normas de origen principalmente privado ha crecido (y lo sigue haciendo) a la par del incremento de las transacciones mercantiles, especialmente a partir de la finalización de la segunda guerra mundial, al amparo del reconocimiento de los sistemas jurídicos oficiales, de una cada vez mayor potestad autorregulatoria por parte de los comerciantes. De allí que toda esta nueva normativa, a la que se enmarcó como emanada de la reiteración de comportamientos jurídicos no abarcados por los textos legales y asentados en

la conciencia de su obligatoriedad por parte de los actores del comercio, fue aludida como “nueva” *lex mercatoria* o, directamente, ya en nuestros días, como *lex mercatoria*. El juego de la autonomía de la voluntad, la creciente utilización del arbitraje, las ansias de la *societas mercatorum* o *business community* de aumentar el campo regulatorio no estatal nos muestra, especialmente desde los finales del siglo XX, una febril actividad de las instituciones gremiales y científicas elaborando nuevos catálogos de reglas que no conllevan coactividad, pero sí tienen la pretensión de adquirirla. Tal atributo se alcanza, en principio, mediante la incorporación concreta de las aludidas reglas a los negocios individuales y su utilización por los tribunales judiciales y arbitrales para resolver controversias comerciales.

En este orden de ideas, la “codificación privada” hace referencia a un conjunto no sistemático de reglas de diversa índole que, como nota en común, ostentan la carencia de obligatoriedad *per se* y que pueden ser utilizadas tal como son publicadas o con las modificaciones y/o derogaciones acordadas por los contratantes en cada caso concreto. La doctrina utiliza, para referir a todo este conjunto, la expresión *soft law*, por oposición al derecho oficial, coactivo, denominado *hard law*. Como siempre ocurre, entre ambos extremos están quienes opinan, con diferentes variantes, que el *soft law* se reparte espacios jurídicos con el *hard law* y ambos, coordinada y armónicamente, deben cubrir la totalidad de las relaciones y situaciones privadas multinacionales. Pero la cuestión es bastante más compleja. Una multiplicidad de interrogantes se abre paso y ellos no sólo giran en torno a los desafíos procesales y sustanciales que enfrenta el comercio internacional, sino que ponen en jaque nociones vinculadas al origen de las normas, a su vigencia, a su legitimidad, a su validez y a su eficacia. Todo esto conlleva la necesidad de observar con profunda atención la posición de juego de los actores participantes en el complejo tablero de la codificación privada transnacional y, sin perjuicio de constatar de un lado, un avance en la privatización de la tarea codificadora y, de otro, la proliferación, diversificación y profesionalización de los actores no estatales en la regulación internacional, cabe preguntarnos si, en términos teóricos y reales, se ha descentralizado el poder estatal permitiendo una mayor permeabilidad entre las esferas público y privada. En otros términos, si el análisis del Estado y el rol de las organizaciones internacionales y las redes transgubernamentales en el ámbito de la creación normativa debe ser vista como el fin o el declive de la idea de soberanía, dejando entrever una situación de revancha por parte de los actores privados o si, por el contrario, resulta posible establecer en determinados ámbitos o materias y bajo ciertas circunstancias una sinergia de esfuerzos y de metodologías legislativas.

Hablar tanto de “la fuerza y la debilidad de la codificación privada transnacional”, como referirse al “*hard law versus soft law*” puede dar la idea de puntos contrapuestos, de competencia, de reto, batalla, pelea, enojo,

enemistad. Incluso podría entrarse en la discusión dicotómica entre “codificación pública *versus* codificación privada” como si fueran una y otra cara de la luna, o incluso aludirse a una “codificación internacional *versus* una de corte transnacional”; en realidad cabe preguntar si estamos frente a alternativas, complementos, o si hay un antagonismo cierto en el marco del proceso de gobernanza internacional⁵⁸. Quizás haya una pizca de todo esto en algunos sectores fundamentalistas pero, sea como fuere, es indudable que estamos ante un gran movimiento (“privatizador” sostendrán algunos, de “interacción privado/público”, afirmarán otros) que puede producir transformaciones jurídicas insospechadas y, por lo tanto, amerita observarlo desde diversos puntos de mira⁵⁹.

A) Ejemplos consumados

Algunos ejemplos consumados de esa producción privada son la aplicación absolutamente frecuente de los Incoterms de la Cámara de Comercio Internacional en sus diversas versiones. Nótese que el Código de Comercio de Bolivia, en la parte atinente a la compraventa, regula en el art. 837 los riesgos de la mercadería, refiriéndose en el art. 852 a la venta “EX”, en el art. 853 a la venta “FOB”, en el art. 854 a la venta “FAS”, en el art. 855 a la venta “C y F”, en el art. 856 a la venta “CIF”, en el art. 859 a las obligaciones del vendedor “CIF”, mientras que el art. 860 alude a las obligaciones del comprador “CIF”. Otro ejemplo aparece en el art. 1408 de dicho cuerpo legal cuando, bajo el título “Aplicación supletoria de las reglas y usos uniformes de los créditos documentarios”, dispone que “En cuanto a lo no previsto en esta Sección II, se aplicarán supletoriamente las Reglas y Usos Uniformes de los Créditos Documentarios, de última revisión”⁶⁰. El caso de Bolivia no es el único ya que la Ley General de Bancos, Financieras y Entidades de Crédito (ley 861 de 1996) de Paraguay en su art. 82 sobre cartas de crédito señala que “En la emisión y confirmación de cartas de crédito los bancos se sujetarán a las reglas y usos uniformes que sobre la materia sancione la Cámara de Comercio Internacional”. E la Resolución 1112/2007 de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia (DIAN), cuyo art. 3 al referirse a los requisitos que debe reunir la factura comercial a los efectos de aplicación del primer método “Valor de Transacción de las mercaderías

⁵⁸ Ver G. SCHAFFER / M.A. POLLACK, “Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance”, *Minnesota Law Review*, n° 94, 2010, pp.712-798.

⁵⁹ Ver P. M. ALL / J. R. ALBORNOZ, “Desarrollo del *soft law* e impacto de las normas internacionalmente imperativas en el comercio internacional: desafíos sustanciales y procesales (con relación a algunos instrumentos contractuales), *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, t. XX, Córdoba, Lerner, 2011, pp. 235-279.

⁶⁰ El subrayado es nuestro.

importadas” establecido en el art. 1 del Acuerdo sobre Valoración de la OMC, establece que “debe indicarse el ‘lugar y condiciones de entrega de las mercancías según los Términos Internacionales de Comercio – INCOTERMS- establecidos por la Cámara de Comercio Internacional u otros acuerdos”.

Los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales⁶¹ constituyen también un caso consumado de la producción privada vía *soft law*; no están concebidos como una forma de modelo de cláusulas contractuales para ningún tipo de convenio en particular, ni constituyen una forma de convención internacional o ley uniforme para los contratos internacionales, sino que derivan su valor solamente de su fuerza persuasiva⁶² y “cuya aplicación dependerá del convencimiento de su valor intrínseco”⁶³. Representan el producto de un organismo internacional - denominados por algunos como “el fantasma creado por profesores de la Sorbona”- y son una aproximación a la unificación y armonización del derecho mercantil internacional y resultan aplicables a los contratos, en principio, por expreso acuerdo entre las partes contratantes. Según Sánchez Cordero, “son un *restatement* de la *lex mercatoria*, son un florilegio de reglas específicas que se observan en los aspectos más relevantes de la contratación comercial internacional, y preconstituyen las reglas básicas del derecho común de los contratos internacionales comerciales”⁶⁴.

Los Principios intentan contienen conceptos y reglas comunes a varios sistemas jurídicos imperantes en el mundo y, de allí, que sean considerados

⁶¹ Ver <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-i.pdf>

⁶² Ver L. GAMA JR., “Os Principios do UNIDROIT relativos aos contratos do comercio internacional: uma nova dimensão harmonizadora dos contratos internacionais”, disponible en: <https://www.oas.org/dil/esp/95-142%20Gama.pdf> y, del mismo autor, *Contratos Internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004 – soft law, arbitragem e jurisdição*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006. Según el autor, los Principios de UNIDROIT, tanto en el plano formal como sustancial, constituyen un modelo de uniformización jurídica del derecho contractual internacional compatible con la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos; sus normas se caracterizan por la claridad y flexibilidad, lo que permite un buen diálogo con otras fuentes jurídicas aplicables al contrato internacional y promueve la superación del positivismo jurídico clásico que identifica al Derecho con la norma jurídica de origen estatal. Ver, asimismo, “Prospects for the UNIDROIT Principles in Brazil”, *Uniform Law Review*, vol. 16, n 3, 2011, pp. 613-656.

⁶³ G. PARRA-ARANGUREN, “La Importancia del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) en la futura uniformidad jurídica del hemisferio americano”, en: *Cursos de Derecho Internacional. El Derecho Internacional Privado en las Américas (1974-2000)*, vol. 1, Parte I, Washington D.C. Secretaria General OEA, 2002, p. 913.

⁶⁴ J. SÁNCHEZ CORDERO, “Los Principios de los contratos comerciales internacionales”, en: *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2016*, México, Centro Mexicano de Derecho Uniforme DR / Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019, p. viii, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5851/18.pdf>

como un puente entre el derecho civil y el *common law*⁶⁵, habiendo ejercido influencia en la redacción de las normas, por ejemplo, del Código de Holanda de 1992, de Quebec de 1992 y de la Federación Rusa de 1994, en las tareas de revisión del *Uniform Commercial Code* norteamericano, del Derecho de obligaciones en Alemania y en Estonia, del Derecho de contratos en la República de China y de 14 países miembros de la Organización Africana, como así también en el Proyecto de Código Civil Argentino de 1998. No está de más señalar la influencia que los mismos han tenido también en la Ley venezolana de DIPr de 1998 y en la Ley General de DIPr de Uruguay de 2020.

Ahora bien, a pesar de su aceptación, autores como Kronke han advertido sobre los “usos y abusos” que en la práctica se ha hecho de los Principios UNIDROIT, ya que en muchos muchos casos han sido aplicados sin mérito o sin una justificación rigurosa⁶⁶.

B) Ejemplo a consumir

En el ámbito latinoamericano un ejemplo a consumir de la producción normativa privada son los “Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia”⁶⁷ de 2016 (TRANSJUS), los cuales apuntan a mejorar el acceso a la justicia de las personas naturales y jurídicas en los litigios privados de carácter transnacional, incluyendo aquellos en los que intervengan entidades estatales en controversias de naturaleza predominantemente comercial o por actos *jure gestionis*⁶⁸.

Estos Principios establecen estándares mínimos para garantizar el acceso a la justicia, de conformidad con el Derecho internacional de los

⁶⁵ Ver, entre otros, GARRO / J.A. HAITO GÁLVEZ, G. SORIANO CASTILLO, Los contratos comerciales internacionales y los principios de UNIDROIT, *Advocatus*, Lima, Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2006, pp. 19-23; J. OVIEDO ALBÁN, “Los Principios UNIDROIT para los contratos internacionales”, *Dikaion: Revista de actualidad jurídica*, n° 11, 2002, disponible en:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2116043>; del mismo autor, “Aplicación de los Principios de UNIDROIT a los contratos comerciales internacional”, *Criterio Jurídico*, vol. 1, n° 3, 2023, pp., 7-33, disponible en:

<https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/1041>

⁶⁶ Ver H. KRONKE, “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Special Supplement 2002, p. 8.

⁶⁷ La versión en español, portugués, inglés y francés de los Principios TRANSJUS pueden consultarse en: <https://www.asadip.org/v2/?p=6148>. Los Principios fueron aprobados por la ASADIP en su Asamblea de noviembre de 2016, celebrada en la ciudad de Buenos Aires.

⁶⁸ Ver J. L. OCHOA MUÑOZ, “Acceso transnacional a la justicia y gobernanza global (Comentarios introductorios a los Principios ASADIP sobre el acceso transnacional a la justicia)”, *Revista de Direito Brasileira*, vol. 20, n° 8, 2018, pp. 336-363.

Derechos Humanos y los principios consagrados por la generalidad de las constituciones modernas, resultando aplicables a la interpretación, integración y complementación de reglas que resulten competentes para regir esta materia. Igualmente, estos Principios pueden servir de orientación para la codificación del Derecho procesal civil y comercial a nivel estatal e internacional. Estos Principios también están dirigidos a las autoridades administrativas y jurisdiccionales de los Estados, en tanto los mismos están inspirados y a la vez constituyen aplicaciones específicas de principios de *ius cogens*, en particular del derecho humano de acceso a la justicia.

A 8 años de su aprobación los Principios TRANSJUS han merecido reconocimiento académico por parte de la doctrina de DIPr de la región⁶⁹, pero sin embargo, es necesario continuar con su difusión a fin de que, principalmente, las autoridades administrativas y jurisdiccionales de los Estados tomen nota de ellos y los utilicen en su quehacer diario.

En esta línea cabe referenciar la sentencia argentina de la Cámara Nacional Civil, sala K (Expte. N° 96889/2023), en “D. M., J. T, c/ G., M. R. s/divorcio” de fecha 30/04/2024 en la cual se discutió la posibilidad de notificar en forma directa el pedido de divorcio al cónyuge domiciliado en Araba Saudita, sin intervención de las autoridades del Estado requerido. Más allá de que el tribunal termina autorizando la notificación vía Whatsapp, lo que nos interesa destacar es que en la decisión se cita a los Principios TRANSJUS de la ASADIP, pero se señala que “tampoco son una posible fuente para fundar la decisión” cuando, en realidad, la aplicación de tales Principios (1.g, 1.h, 1.3, 4.1. 4.5 y, en especial, 4.7 y 5.1) permitiría, justamente, fundamentarla.

III. El vano intento de concluir

Los grandes cambios que se van produciendo –producto en parte de la complejidad de los tiempos modernos– plantean enormes desafíos para el Derecho en general y para el DIPr en particular⁷⁰. Dos tendencias principales se han desarrollado en las últimas décadas: el desplazamiento del eje principal del DIPr (declive del DIPr centrado en la determinación del derecho

⁶⁹ Ver V. RAIZER BORGES MONSCHEN / L. NOGUEIRA BARBOSA, “Hacia el acceso transnacional a la justicia: un análisis de la consonancia entre los Principios TRANSJUS y el Código de Proceso Civil brasileño CPC/2015”, *Revista Jurídica*, vol. 2, n° 55, 2019, pp. 77 ss.; E. VESCOVI / D. TRECCA, “Principios de ASADIP sobre el acceso transnacional a la justicia”, *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, n° 9, 2017, pp. 190-217.

⁷⁰ Ver M. CARBONELL, “Globalización y derecho. Algunas coordenadas para el debate”, en: AA.VV., *La globalización y el orden jurídico. Relaciones contextuales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 19 ss

aplicable) y la preocupación por la justicia material⁷¹. Se ha afirmado que “en el DIPr se están moviendo los cimientos y no sólo porque hay un derecho material emergente, sino porque hay una tremenda dificultad de localización en función de la globalización y a través, sobre todo, del uso de la informática para la creación de actos y negocios. Particularmente los del derecho económico, tanto comercial como financiero”⁷². Muir Watt se refiere a un rediseño de la economía política del DIPr⁷³ y alude a las “sacudidas epistemológicas que acompañan la arquitectura del orden internacional como efecto del fenómeno de la globalización”, poniendo el acento en la necesidad de analizar esta tensión que amenaza las relaciones de lo privado y de lo público con una nueva política emergente de la globalización de los mercados.

Como pone de relieve Kennedy, “la historia del Derecho internacional del siglo XX se cuenta habitualmente como un movimiento de ideas – normalmente desde el formalismo decimonónico con relación a la soberanía, al pragmatismo del siglo XX– y como una proliferación de nuevas formas institucionales y lugares para la práctica – desde las grandes instituciones intergubernamentales centralizadas, a la diversa amalgama contemporánea de organismos judiciales y no gubernamentales a los que se conoce en su conjunto como ‘comunidad internacional’ o ‘sociedad civil’, pasando por los entes especializados del sistema de Naciones Unidas”⁷⁴. Por su parte, Sarmiento alude a que “la nueva gobernanza implica un mayor protagonismo de los instrumentos laxos de regulación, en oposición a las tradicionales proposiciones prescriptivas y sus correspondientes sanciones. Los objetivos de la nueva gobernanza no ponen tanto énfasis en la consecuencia de resultados uniformes, sino en la creación de espacios de compartición de experiencia y conocimiento, donde los actores se someten a las políticas con el fin de mejorar en la ejecución de las mismas, en colaboración con todas las

⁷¹ D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Un derecho comparado para el derecho internacional privado de nuestros días”, en: *Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maekelt*, Asunción, CEDEP / ASADIP, 2010, pp. 77-80. Entre los rasgos característicos del DIPr contemporáneo Fernández Arroyo alude, entre otros, al marcado protagonismo del conflicto de jurisdicciones sobre el conflicto de leyes, la preponderancia de normas materiales y el avance del *soft law*, la necesaria distinción que debe hacerse entre las normas de DIPr de fuente interna, de fuente convencional y consuetudinaria, la incorporación de valores en la reglamentación de las relaciones de tráfico externo.

⁷² D. OPERTTI BADÁN, “El Derecho internacional: una agenda renovada”, en: *Jornadas de Derecho Internacional*, Montevideo, Organización de los Estados Americanos- Secretaría General, 1999, p. 302; del mismo autor, ver “El derecho internacional privado en tiempos de globalización”, *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, Año VI, n° 6, pp. 15-40.

⁷³ Ver H. MUIR WATT, “Aspects économiques du droit international privé : (réflexions sur l’impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions)”, *Recueil des Cours*, t. 307, 2004, pp. 25-383, esp. pp. 356-357.

⁷⁴ Ver D. KENNEDY, *Rompiendo moldes en el derecho internacional: cuándo la renovación es repetición*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 17.

partes involucradas⁷⁵. Así, la nueva gobernanza va a implicar la puesta en marcha de políticas caracterizadas por su ductilidad normativa, su temporalidad y su adaptabilidad al cambio. Tres rasgos que van a dar respuesta a dos problemas que afronta actualmente el Estado: su incapacidad para integrar a todos los actores de la sociedad civil y su lentitud ante el cambio⁷⁶. En el plano normativo, esta idea del derecho dúctil parece exigir una profunda renovación de numerosas concepciones jurídicas que operan hoy en la práctica, señala Zagrebelsky⁷⁷, de manera tal que resulta necesario transmitir una concepción jurídica nueva, diferente, que permita dejar de lado la idea del derecho como algo estático, perfecto, cerrado y ya dado (a la manera de la metáfora de la pirámide positivista kelseniana), para percibirlo no sólo como algo dinámico y cambiante, sino en cuya conformación intervienen numerosos individuos e instituciones (a la manera de la metáfora de Lon Fuller quien propone concebir al derecho como la empresa o actividad de construir un edificio, donde lo trascendente no es sólo el contenido, la dirección y la finalidad de la actividad sino también quién o quiénes la llevan a cabo).

¿Cómo se codifica hoy en el DIPr latinoamericano? La respuesta no puede ser unívoca. Se codifica por vía de *hard law* y por vía de *soft law*. Codifica el Estado y los organismos internacionales y también codifican los actores privados (desde una cámara de comercio hasta un grupo académico como el de ASADIP). Lo que puede variar es el tipo de impacto que las normas tienen en la práctica. ¿Puede medirse cuantitativamente el impacto de las normas de las CIDIPs en la práctica judicial latinoamericana? La respuesta depende porque no todos los países cuentan con repertorios jurisprudenciales de casos de DIPr en los que se pueda acceder por palabra clave “CIDIP”, por ejemplo. ¿Eso puede llevar a pensar que es necesario sustituir el *hard law* por normas de *soft law*? No necesariamente. Dependerá del tema y del contexto político en que cada norma deba ser tratada. Visto este panorama donde parecen convivir un sinúmero de normas, ¿es posible que se establezca entre ellas un diálogo”. Consideramos que sí. En esa línea, las relaciones que se establecen entre los diversos tipos de normas no deberían plantearse en términos de exclusión sino de diálogo⁷⁸, diálogo que debe ser permanente y que –como afirma Jayme– caracteriza la fase posmoderna del

⁷⁵ Ver L.B. SCOTTI, Los escenarios del Derecho Internacional Privado actual: Globalización, integración y multiculturalidad”, en: *Derecho internacional privado y derecho de la integración, Libro Homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*, Asunción, CEDEP, 2013, pp. 147-168.

⁷⁶ D. SARMIENTO, “La autoridad del derecho y la naturaleza del *soft law*”, *Cuadernos de Derecho Público*, 2007, disponible en: http://www.danielsarmiento.es/pdf/soft_law.pdf

⁷⁷ G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 9-10.

⁷⁸ E. JAYME, “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 251, 1995, pp. 61 y 259.

DIPr⁷⁹; es cierto, sin embargo, que dicha comunicación si bien resulta indispensable, muchas veces se torna tarea difícil. Pero que sea dificultoso en ciertos momentos no implica que debemos poner todo el empeño en alcanzarlo cuando resulte posible.

Estamos viviendo una etapa de “crisis existencial de la (pos)modernidad” donde se evidencia una de-construcción en palabras de Jacques Derrida, pero no en sentido de destrucción sino de repensar y rearmar el sistema normativo de DIPr lo cual, lógicamente impacta tanto en la forma de reconstruir una normativa a nivel convencional como interno. Esa deconstrucción no es una doctrina, ni una filosofía, ni un método, sino tan solo una “estrategia”⁸⁰. Hace varios años que enfrentamos un cambio de paradigma no solo en la codificación convencional del DIPr latinoamericano, sino también en la arquitectura del sistema normativo de DIPr de los Estados latinoamericanos. Hemos pasado -estemos de acuerdo o no- de la duplicación a la coordinación, o inclusive a una coordinación mejorada-. Se observa un cambio que ya no pasa por la verticalidad o jerarquía sino por la complementariedad. Y también se asiste a un mayor diálogo de los foros con las sociedad civil.

¿La gobernanza implica una revolución, un cambio de paradigma en el campo de Derecho, a la vez que abre las puertas hacia una concepción más abierta, flexible, compleja y plural del DIPr? Estamos convencidos de que sí y eso lleva necesariamente a abordar la complejidad de los problemas, pasando del ideal a la posibilidad, construyendo diálogos, tendiendo puentes y generando sinergias.

“Constituye un dato evidente en todo el mundo el aumento exponencial de relaciones jurídicas contractuales vinculadas con dos o más Estados; pero no se asiste solamente a un crecimiento cuantitativo, sino que esos vínculos, esas transacciones económicas han adquirido en la práctica una complejidad tan enorme que muchas veces, los casos multinacionales exigen un replanteamiento de las soluciones jurídicas para brindar respuestas acordes, precisamente, a esa heterogeneidad que presentan⁸¹. En este sentido, “el DIPr actúa como una caja de resonancia de las transformaciones de la sociedad contemporánea”⁸². Como sostenía Tatiana Maekelt, el DIPr “es un

⁷⁹E. JAYME,, “Direito Internacional Privado e Integração: as Convenções Européias”, en: Casella, P. B. / de Araujo, N. (coords.), *Integração Jurídica Interamericana, as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o direito brasileiro*, São Paulo, LTR, 1998, p. 116.

⁸⁰ R. DÉLIO BORGES DE MENESE, “La deconstrucción en Jacques Derrida: qué es y qué no es como estrategia”, *Universitas Philosophica*, año 30, n° 60, 2013, pp. 177-204.

⁸¹ Véase W. BULGARELLI, *Contratos Mercantis*, 11ª ed., São Paulo, Editora Atlas S.A., 1999, pp. 25-26.

⁸² M. VIRGÓS SORIANO, “Obligaciones contractuales” en: J.D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 4ª ed. revisada, Madrid, Centro de Estudios superiores sociales y jurídicos Ramón Carande, 1991, p. 196.

derecho vivo, en constante evolución y adaptable a los cambios del mundo actual”⁸³. De allí que resulte posible concebir a la codificación –en palabras de Rivera-, no como una meta inmóvil, sino como un proceso, como “un conjunto esencialmente dinámico al cual constantemente se incorporan normas nuevas y se desechan las caducas, y que por lo tanto exige su revisión permanente”⁸⁴.

“Si viésemos el Universo, quizás lo entenderíamos”, decía Borges. El sistema y la arquitectura normativa necesitan de un análisis micro y macro al mismo tiempo. Para evaluar el impacto de las CIDIPs no solo debemos conformarnos con mirar el cuadro de ratificaciones; resulta preciso ver qué ha sucedido con la aplicación de tales normas por los jueces de nuestros países, qué influencias han tenido en la redacción de normas de DIPr de fuente interna, que grado de inspiración y aplicación puede tener el *soft law* “interamericano” a nivel de tribunales judiciales o arbitrales. Pierre Bordieu, en La codificación, sostenía que “codificar es, a la vez, poner en forma y poner formas”⁸⁵. En esta línea, necesitamos dar a los instrumentos mayor difusión, máxime si se quiere dotar al DIPr de un efecto útil en la regulación de los casos internacionales. Es preciso una mayor capacitación también. Y, dentro del ámbito académico se impone reflexionar sobre la aplicación del *hard law* y el *soft law* a nivel latinoamericano, y cómo este se inserta dentro del complejo entramado normativo propio del pluralismo legal. Quizás el aniversario de los 50 años de la CIDIP constituyan el ámbito propicio para poder lograr alguno de estos objetivos.

⁸³ T. B. DE MAEKELT, “La codificación interamericana en materia de Derecho internacional privado en el contexto universal y regional”, *Libro Homenaje a Haroldo Valladão*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1997, p. 160.

⁸⁴ J.C. RIVERA, *Instituciones de Derecho Civil. Parte general*, t. I, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, n° 236, p. 261.

⁸⁵ J.L. BORGES, “Fragmentos de un Evangelio apócrifo”, en: *Elogio de la sombra*, Buenos Aires, Emecé, 1969.



**EXPERIENCIAS
ESTATALES
LATINOAMERICANAS**

Aplicación e influencia de las CIDIPs en el ordenamiento jurídico argentino

Paula María ALL* / Carolina D. IUD** / Nieve RUBAJA***

Sumario: I. Introducción. II. CIDIP I. 1. Convención interamericana sobre régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero A) Jurisprudencia. 2. Convención interamericana sobre recepción de pruebas y Protocolo adicional. A) Jurisprudencia. 3. Convención interamericana sobre exhortos y Protocolo adicional. A) Jurisprudencia. 4. Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional. A) Jurisprudencia. 5. Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas. A) Jurisprudencia. B) Incidencia en el Código Civil y Comercial de la Nación. III. CIDIP II. 1. Convención interamericana sobre normas generales de Derecho internacional privado. A) Jurisprudencia. B) Incidencia en el Código Civil y Comercial de la Nación. 2. Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de sentencias y laudos arbitrales extranjeros. A) Jurisprudencia. 3. Convención interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares. A) Jurisprudencia. B) Incidencia en el Código Civil y Comercial de la Nación. 4. Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de sociedades mercantiles. A) Jurisprudencia. 5. Convención interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero. A) Jurisprudencia. 6. Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de cheque. A) Jurisprudencia. B) Incidencia en el Código Civil y Comercial de la Nación. IV. CIDIP III. V. CIDIP IV. 1. Convención interamericana sobre restitución internacional de menores. A) Jurisprudencia. B) Incidencia en el Código Civil y Comercial de la Nación. 2. Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias. A) Jurisprudencia. B) Incidencia en el Código Civil y Comercial de la Nación. VI. CIDIP V. Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores. VII. Convenciones no vigentes. A) Jurisprudencia. B) Incidencia de Convenciones no vigentes en el Código Civil y Comercial de la Nación. VII. Conclusiones.

I. Introducción

La República Argentina ha participado activamente del proceso codificador interamericano y ha ratificado varios de los instrumentos adoptados en el seno de las diversas Conferencias interamericanas de Derecho internacional privado. Así, al 15 de septiembre de 2024 es parte de cinco de los seis instrumentos aprobados en la CIDIP I, de seis de los ocho instrumentos de la CIDIP II, de uno de los cuatro de la CIDIP III, de dos de los tres de la CIDIP IV y de uno de los dos de la CIDIP V.

En líneas generales, puede afirmarse que se trata de convenciones ampliamente conocidas en el ámbito judicial local, lo cual se traduce en un gran número de sentencias que las aplican o mencionan que han sido, en su mayoría, consideradas para efectuar el presente reporte.

No obstante, se destaca que en algunos pronunciamientos se han mencionado algunas que no se encontraban vigentes para la República Argentina, mientras que también existen algunos casos aislados en los cuales, pese a la pertinencia de su aplicación, se ha hecho caso omiso de la misma.

En total se han relevado ochenta y nueve decisiones, comprendiendo fallos de primera y segunda instancia, de superiores tribunales de provincias y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹, muchas de las cuales han merecido comentarios por parte de la doctrina especializada publicados en las principales revistas jurídicas del país.

La influencia de las CIDIPs también puede ser advertida en el reciente Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN)², fruto del esfuerzo de la Subcomisión designada por la Comisión para la elaboración del Proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación.

Tal como ha sido expuesto, se ha procurado una articulación con los sistemas de Derecho internacional privado de otros Estados, tomando especialmente en consideración las soluciones ya alcanzadas a través de diversos instrumentos internacionales, dentro de los cuales se encuentran obviamente las Convenciones interamericanas³.

I. CIDIP I⁴

1. Convención interamericana sobre régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero

A) Jurisprudencia

¹ En algunos casos se ha procedido al fichado de sentencias de segunda instancia y de tribunales superiores en un mismo proceso.

² El Código Civil y Comercial de la Nación fue aprobado el 1/10/2014 por ley 26994 y entró en vigor en la fecha indicada de conformidad con lo dispuesto por ley 27077.

³ M.E. UZAL, "Breve panorama de la Reforma del Derecho Internacional Privado", en: Rivera, J.C. (dir.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, pp. 1180-1181.

⁴ Por una cuestión metodológica se incluyen también en este acápite las decisiones relativas a los Protocolos adicionales a la Convención interamericana sobre recepción de pruebas y al de la Convención interamericana sobre exhortos, aun cuando su adopción se produjo en otras Conferencias.

Se relevaron diez casos, de los cuales dos corresponden a primera instancia y los restantes a segunda. A su vez, tres de ellos corresponden a jurisdicciones provinciales (locales) y cuatro a Capital Federal:

- Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 10 de la Capital Federal, Secretaría 19, /04/1994, “*Bourns Inc. c. Noise S.A. s. medida precautoria*”.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de la Capital Federal, Sala II, 24/03/1995, “*Agencia Marítima Latinoamericana c/ Bajamar*”.

- Cámara Civil y Comercial de Rosario, Sala I, 14/11/1995, “*Menicocci, Aldo E.*”.

- Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Sala II, 14/12/2006, “*Dechert, Martín s/parte querellante*”.

- Cámara Civil y Comercial de San Martín, Sala II, 30/04/2009, “*Cía. Hering c/Marta Gabriela Viejo, Adrián Horacio Liste, Luis Gabriel Tabuso SH s/ordinario*”.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, Sala C, 11/08/2009, “*Rivadavia S.A. c/Probursa Sociedad de Bolsa S.A. s/ordinario (tercería por Salt Card S.A.)*”.

- Cámara Federal de Apelaciones, Córdoba, Secretaría Civil II, Sala A, 22/05/2013, “*MCL Emprendimientos e Negocios Ltda. c. Beltrán, María Noé y otros*”.

- Cámara Nacional Comercial, Sala D, 23/03/2017, “*Chemton S.A. s. concurso preventivo s. inc. de revisión por Polo Industria e Comercio S.A.*”.

- Cámara Nacional Comercial, Sala A, 14/06/2022, “*Automobiles Lamborghini Latinoamérica sociedad anónima de capital variable y otro c. Automobili Lamborghini SpA y otros s. medida precautoria*”.

- Cámara Nacional Civil, Sala D, 27/10/2022, “*Álvarez, Héctor Mario y otro c. Hoveyan, Karen y otro s. ejecución especial ley 24.441*”.

En los fallos citados se han mencionado/aplicado los artículos 2, 6, 7 y 10. Como características salientes de las decisiones se señalan:

- a) La necesidad de acompañar, junto con el poder, la documentación que acredite la existencia de la sociedad de acuerdo a la ley del lugar de constitución, la representación invocada por el otorgante del poder y la facultad para conferirlo (el poder había sido otorgado en California careciendo el notario de facultades para certificar la calidad de representante del otorgante). Pese a que Estados Unidos no era parte de la Convención en cuestión, se sostuvo que debía ser tenida en cuenta como “principios generales de derecho recibido en nuestra legislación” (caso “*Bourns c/Noise*”).
- b) Se consideró innecesaria la certificación o autenticación del funcionario consular argentino en Uruguay con fundamento en el art. 4 del Tratado de

derecho procesal internacional de Montevideo y la cláusula de compatibilidad de la Convención⁵ (caso “*Menicocci*”).

c) Se sostuvo que los hechos sobre los que daba cuenta el fedatario en el poder otorgado hacían plena fe con fundamento en la Convención, y permitían tener por acreditado que la sociedad demandante era una persona jurídica constituida, autorizada o registrada en un Estado Parte del MERCOSUR y que, por lo tanto, se hallaba eximida de arraigar conforme lo dispuesto por el Protocolo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa (caso “*Cía. Hering*”).

En sentido similar al caso mencionado en a), pero en un supuesto de aplicación de la Convención, se señaló que el funcionario que legalizaba el poder debía certificar o dar fe de los datos identificatorios del otorgante, de la representación de la persona moral o jurídica y del derecho del otorgante para conferir el poder y, en el supuesto de inexistencia de tal funcionario, resultaba necesario cumplir con los recaudos supletorios (caso “*Rivadavia*”).

d) Se desestimó su aplicación por tratarse de un caso de representación sin otorgamiento de poder (caso “*MCL Emprendimientos e Negocios Ltda*”).

e) En el caso se dio cumplimiento con las formalidades que la ley exige, según lo previsto por el art. 3 de la Convención interamericana, y el poder anexado en la presente causa cumple los requisitos que habilitan conferirle validez en el país a dicho instrumento, como consecuencia de hallarse reunidos los recaudos establecidos en el art. 7 de la mencionada Convención (caso “*Chemton*”).

2. Convención interamericana sobre recepción de pruebas y Protocolo adicional

A) Jurisprudencia

Se detectaron los siguientes casos, correspondientes a segunda instancia de la Capital Federal, en los cuales la Convención ha sido mencionada:

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, 24/02/2000, “*Garramone, Esteban L. y otro c. Solanet, Rodolfo y otro s. exhorto*”.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala I, 21/11/2002, “*S., B. I c. C., V. y otro s. impugnación de maternidad*”.

En uno de los casos se sostuvo que la producción de prueba anticipada corresponde al juez dotado de jurisdicción internacional para entender en el

⁵ Téngase presente que la decisión es del 14/11/1995 y que en el año 2001 a través del Decreto 1629/01 se modificó la norma del Reglamento Consular que había suscitado el conflicto, quedando eliminada la exigencia de la posterior legalización por el Ministerio de Relaciones Exteriores a fin de autenticar la firma del cónsul interviniente

proceso principal, y que ni la Convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero ni su Protocolo adicional contemplan la posibilidad de que sea ordenada por juez incompetente (caso “*S, B, F*”). En otro fallo se dispuso su inaplicabilidad al caso concreto por cuanto el Estado del cual provenía el exhorto no era parte de la Convención (caso “*Garramone*”). No obstante, en este último supuesto se destacó que la Convención se limita a los aspectos procedimentales y no a cuestiones vinculadas a la admisibilidad y/o apreciación de la prueba ni al *onus probandi*.

3. Convención interamericana sobre exhortos y Protocolo adicional

A) Jurisprudencia

Se detectaron nueve casos, todos de segunda instancia, correspondientes a la jurisdicción de la Capital Federal⁶:

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, Sala D, 13/09/1990, “*Federal Deposit Insurance Corporation c. Compañía General Inmobiliaria S.A.*”.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, Sala D, 19/03/1998, “*Dekaprint S.A. c. Comco International*”.- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala J, 25/8/98, “*N.S.R. y O., R. M. s/divorcio*”

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, 24/02/2000, “*Garramone, Esteban L. y otro c. Solanet, Rodolfo y otro s. exhorto*”.

- Cámara Nacional Comercial, Sala A, 14/12/2000, “*Orbcomm International L.P c/ Teleinformática S.A. y otro s/exhorto*”.

- Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, 29/08/2001, “*Hallmark Cards Inc.*”.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, 06/06/2013, “*Procaps S.A. c/ Laboratorios Bagó S.A. s/ exhorto*”.

- Cámara Nacional del Trabajo, Sala V, 08/09/2021, “*De Simone, Pablo Roberto c. Western Digital Technologies Inc. y otros s. despido*”.

- Cámara Nacional del Trabajo, Sala VI, 16/09/2021, “*Gabrielli, Mariano Alfredo c. Aspect Software Servicios de México S. de R.L. de C.V. y otros s. despido*” .

Se han mencionado/aplicado los arts. 2, 3, 9, 10, 11, 17. Las características salientes de las decisiones judiciales fueron:

⁶ Los casos en los que se ha recurrido a esta Convención son indudablemente muchos más pero por las características de la organización de los tribunales de la Argentina es altamente probable que su trámite no hubiera reclamado pronunciamientos de segunda instancia y por lo tanto no hubiesen trascendido.

- a) Se recurrió a la Convención para acceder a una petición de declaración testimonial formulada por un juez de California por cuanto la Convención interamericana sobre recepción de pruebas no había sido ratificada por Estados Unidos (caso “*Garramone*”).
- b) La vigencia de una norma coactiva de derecho procesal de fuente interna no implica por ese sólo hecho contrariedad con el orden público internacional el cual es concebido claramente como conjunto de principios (caso “*Garramone*”).
- c) Se reafirma el carácter de excepcional del orden público como asimismo que la incompatibilidad debe ser “manifiesta” (caso “*Garramone*”).
- d) No resulta contrario al orden público la declaración como testigo de consanguíneos o afines en línea directa con las partes⁷ (caso “*Garramone*”).
- e) El ámbito de aplicación de la ley procesal del juez requerido se limita a las cuestiones procedimentales (caso “*Garramone*”).
- f) Las cuestiones relativas a la competencia internacional para entender en el fondo del asunto y a la extensión del plazo para contestar demanda deben ser planteadas ante el juez exhortante (caso “*Federal Deposit Insurance*”).
- g) Se consideró que corresponde al juez requerido declarar la nulidad de una notificación por falta de copias de la demanda y de los documentos (caso “*Federal Deposit Insurance*”).
- h) Se ordenó el libramiento de un exhorto en los términos de la Convención y del Protocolo adicional para notificar la convocatoria a una audiencia de mediación⁸ (caso “*Dekaprint*”).
- i) En un caso en el que se sostenía la probable comisión de un delito en Estados Unidos cuyos efectos debían producirse en la República Argentina (una sentencia obtenida por medios que habrían incluido maniobras fraudulentas con el objeto de inducir a error al magistrado interviniente y que importarían violación de la Convención) se consideró que se trataba de un asunto de competencia de los jueces del Estado cuyo magistrado habría sido engañado (caso “*Hallmark Cards Inc.*”).
- j) La traba de un embargo no podía canalizarse a través de un exhorto librado en los términos de la Convención (caso “*N.S.R*”).
- k) Se declaró la nulidad de una notificación de traslado de demanda y la devolución del exhorto al juez requirente por haberse omitido acompañar copia de la documentación que se mencionaba en la demanda con

⁷ El art. 427 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece “Testigos excluidos. No podrán ser ofrecidos como testigos los consanguíneos o afines en línea directa de las partes, ni el cónyuge, aunque estuviere separado legalmente, salvo si se tratare de reconocimiento de firma”. La persona citada a declarar como testigo manifestó ser hija de uno de los demandados. De todos modos la actora destacó que el padre de la testigo no debía ser considerado demandado tal como podría ser considerado por el derecho argentino.

⁸ El procedimiento de mediación previa y obligatoria y de carácter extrajudicial es establecido en varias jurisdicciones de la República Argentina en una gran parte de asuntos.

fundamento en lo dispuesto por el art. 8 de la Convención y art. 3. B) del Protocolo Adicional. El tribunal destacó que la notificación practicada colocaba al demandado en estado de indefensión y afectaba principios constitucionales que integran el orden público internacional argentino, trayendo además en su apoyo lo dispuesto por el art. 17 de la Convención (Caso “*Procaps S.A.*”).

l) Frente a una pretensión de que no se accediera a la solicitud de una notificación de una sentencia dictada por un juez del Estado de Virginia por cuanto según se alegara ello comportaría reconocer la competencia del juez requirente, el dictamen de la Fiscalía que fuera compartido por el tribunal destacó que conforme los arts. 2 a) y 9 de la Convención, el cumplimiento de exhortos o cartas rogatorias no implica en definitiva el reconocimiento de la competencia del órgano jurisdiccional requirente ni el compromiso de reconocer la validez o de proceder a la ejecución de la sentencia que dictare, motivo por el cual se dispuso dar curso a la rogatoria (art. 9) (caso “*Orbcomm International L.P.*”).

4. Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional

A) Jurisprudencia

Se detectaron dos casos correspondientes a la jurisdicción de la Capital Federal:

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, Sala D, 05/11/2002, “*Reef Exploration Inc. c. Compañía General de Combustibles S.A.*”.

- Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, 07/10/2014, “*YPF S.A. c. AES Uruguaiana Empreendimentos S.A. y otros s. recurso de queja*”.

En el caso “*Reef Exploration*”, pese a que la aplicación de la Convención había sido requerida por una de las partes en orden al reconocimiento de un laudo dictado en Texas por un tribunal arbitral de la *American Arbitration Association*, el tribunal omitió toda referencia a la fuente convencional.

Por su parte, en el caso “*YPF*”, la Cámara –en el marco de un planteo de nulidad de un laudo extranjero dictado por un tribunal con sede en Montevideo (Uruguay), se pronunció sobre la validez de la prórroga de jurisdicción a su favor, entendiendo que tenía competencia para examinar la admisibilidad formal del recurso de hecho deducido por YPF S.A y, por ende, correspondía declarar la jurisdicción internacional del tribunal para evaluar la procedencia del recurso de nulidad planteado por YPF S.A, haciendo lugar al pedido cautelar de suspensión de los plazos procesales para la segunda etapa del proceso arbitral, hasta tanto fuera resuelta de forma definitiva la

nulidad planteada. De esta forma, el tribunal consideró que ninguna de las Convenciones internacionales sobre la materia ratificadas por la República Argentina (Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de Nueva York de 1958, Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional de Panamá, de 1975) se oponen o impiden de forma alguna que se atribuya competencia internacional en materia anulatoria a un tribunal judicial.

5. Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas

A) Jurisprudencia

Se detectaron seis decisiones -tres corresponden a un mismo caso pero en diferentes instancias-, de las cuales dos emanan de tribunales de primera instancia de Capital Federal, dos de segunda instancia de tribunales provinciales, uno de un superior tribunal provincial y otro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Así:

- Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 10 de la Capital Federal, Secretaría 19, /06/1993, “*Veresit S.A. le pide la quiebra K. D. Feddersen & Co.*”.

- Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 10 de la Capital Federal, Secretaría 19, 19/05/1994, “*Hydrosa Trading Ltd. c. Pinal Pharma S.A.C.I.F. s. ejecutivo*”.

- Cámara Civil y Comercial de Minas, Paz y Tributario de Mendoza, 4ª Nominación, 25/10/2004, “*Jorcop S.A. c. Sanes S.A.*”.

- Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, sala 1ª, 23/05/2005, “*Jorcop S.A. c. Sanes S.A.*”.

- Cámara Civil y Comercial de Rosario, Sala III Integrada, 07/12/2006, “*Editorial Diario La Capital S.A. s. concurso preventivo s. incidente de revisión por Alvarez, J. S.*”.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15/05/2007, “*Jorcop S.A. c. Sanes S.A.*”.

Los artículos mencionados/aplicados fueron 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 11. Como características salientes se destacan:

a) El derecho aplicable para determinar la moneda de pago de una letra de cambio conforme la Convención es el del lugar donde se contrajo y no la ley del lugar de pago (casos “*Jorcop / Editorial Diario La Capital*”), aunque aclara que si no se conoce adquiere relevancia el del lugar de pago⁹.

⁹ En “*Jorcop S.A. C/ Sanes S.A.*” el 09/06/2009 la Sala I de la Suprema Corte de Mendoza consideró que los intereses se regían por el derecho del lugar de emisión de las letras de

b) La aplicación analógica de la Convención en lugar de la solución tradicional que propugnaba la del Tratado de derecho comercial terrestre de Montevideo de 1940 para colmar la laguna existente en la fuente interna (caso “*Veresit / Hydrosa*”).

B) Incidencia en el Código Civil y Comercial de la Nación

El sistema argentino de Derecho internacional privado de fuente interna anterior presentaba una laguna tanto en lo referente a la jurisdicción internacional como al derecho aplicable, laguna que se intentaba colmar, en algunos casos, mediante la aplicación analógica de las disposiciones del TMDCI. Con posterioridad a la ratificación de la CIDIP en cuestión, y conforme fuera precedentemente expuesto, en algunos casos se prefirió recurrir a este instrumento.

La incidencia de la Convención en las normas del CCyCN es notable y es evidente que ha constituido la fuente de las normas adoptadas en la materia¹⁰.

El art. 2658 del CCyCN¹¹ recepta en relación a los títulos valores en general los criterios atributivos de jurisdicción consagrados en el art. 8 de la CIDIP sobre letras de cambio, pagarés y facturas, esto es, lugar donde la obligación debe cumplirse o domicilio del demandado, a opción del actor.

En lo que se refiere al derecho aplicable, se destaca que el art. 2660 del CCyCN¹² coincide con los arts. 3 y 4 de la CIDIP en cuanto las normas en cuestión consagran los principios de autonomía e independencia cambiaria, sometiendo las obligaciones resultantes de un título valor a la ley del lugar en que hubieran sido contraídas y determinando que si una o más obligaciones fueren nulas conforme la ley aplicable, ello no acarrea la nulidad de otras que hubieran sido contraídas válidamente de acuerdo con la ley del lugar en el

cambio por tratarse de una cuestión accesorial al capital aunque sin efectuar ninguna referencia expresa a la Convención aunque la remisión se encuentra implícita toda vez que la calificó como sustancial.

¹⁰ Así ha sido expresamente admitido. Ver M.E. UZAL (nota 1), p 1206.

¹¹ Art. 2658. Jurisdicción. “Los jueces del Estado donde la obligación debe cumplirse o los del domicilio del demandado, a opción del actor, son competentes para conocer de las controversias que se susciten en materia de títulos valores. En materia de cheques son competentes los jueces del domicilio del banco girado o los del domicilio del demandado”.

¹² Art. 2660. Derecho aplicable. “Las obligaciones resultantes de un título valor se rigen por la ley del lugar en que fueron contraídas. Si una o más obligaciones contraídas en un título valor son nulas según la ley aplicable, dicha nulidad no afecta otras obligaciones válidamente contraídas de acuerdo con la ley del lugar en que han sido suscriptas. Si no consta en el título valor el lugar donde la obligación cartular fue suscripta, ésta se rige por la ley del lugar en que la prestación debe ser cumplida; y si éste tampoco consta, por la del lugar de emisión del título”.

que hubieran sido suscriptas.

En lo que atinente a la solución para los casos en los cuales no surgiera del título el lugar de suscripción, el art. 2660 coincide con el art. 5 de la Convención aunque existe un matiz diferencial de redacción. En efecto mientras el CCyCN determina que la obligación se rige “por la ley del lugar en que la prestación debe ser cumplida”, la norma convencional alude a la “ley del lugar de pago”¹³. En ambos casos, si el lugar en cuestión no constare, se rige por el derecho del lugar de emisión del título.

En cuanto a la forma del giro, del endoso, de la aceptación, del aval, del protesto y de los actos necesarios para el ejercicio o para la conservación de los derechos sobre títulos valores, el art. 2659 del CCyCN¹⁴, las somete a la ley del Estado en cuyo territorio se realizan. Sin perjuicio de que la solución coincide con la prevista por el art. 6 de la Convención, se destaca que esta última incluye a la intervención aunque el art. 2659 adopta una fórmula amplia al aludir a “todos los actos necesarios” para la conservación.

En orden a las medidas a adoptar en caso de hurto, robo, falsedad, extravío, destrucción o inutilización material del documento, el art. 2661 del CCyCN¹⁵ establece como regla general que son las que requiera la ley del Estado donde el pago deba cumplirse, coincidiendo con la solución adoptada por el art. 7 de la Convención. La norma argentina agrega una solución especial no contenida en el texto interamericano, en materia de títulos valores emitidos en serie, en cuyo caso el portador desposeído debe cumplir con las disposiciones de la ley del domicilio del emisor.

III. CIDIP II

1. Convención interamericana sobre normas generales de Derecho internacional privado

¹³ Sin perjuicio de que en los hechos parecería ser que la diferencia de redacción tuviere mayores consecuencias, señalamos que se ha criticado la terminología empleada por la norma argentina por estimar que “lugar de cumplimiento de la prestación” es una expresión propia del derecho contractual y no del derecho cambiario. Ver M.B. NOODT TAQUELA / S. PAREDES / A. VILLA, “Comentario al art. 2660”, en: Rivera, J. C. / Medina, G. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. VI, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 972.

¹⁴ Art. 2659. Forma. “La forma del giro, del endoso, de la aceptación, del aval, del protesto y de los actos necesarios para el ejercicio o para la conservación de los derechos sobre títulos valores se sujetan a la ley del Estado en cuyo territorio se realiza dicho acto”.

¹⁵ Art. 2661. Sustracción, pérdida o destrucción. “La ley del Estado donde el pago debe cumplirse determina las medidas que deben adoptarse en caso de hurto, robo, falsedad, extravío, destrucción o inutilización material del documento. Si se trata de títulos valores emitidos en serie, y ofertados públicamente, el portador desposeído debe cumplir con las disposiciones de la ley del domicilio del emisor”.

A) Jurisprudencia

Se relevaron diecisiete decisiones, de las cuales cuatro corresponden a primera instancia y diez a segunda de la Capital Federal, una a segunda instancia provincial, dos a superiores tribunales provinciales y una a Corte Suprema de Justicia de la Nación;

- Juzgado Nacional Especial en lo Civil y Comercial n° 50, 10/10/1983, “*Reger de Maschio, Wally D. y otro, c. Anman, Guillermo A.*”.

- Cámara Nacional Especial en lo Civil y Comercial de la Capital Federal, Sala II, 30/07/1986, “*Guitor, Marcos c. Alvarez, O. Juana*”.

- Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 7 Secretaría N° 14, 21/10/1986 “*Banco do Brasil c. Astilleros Corrientes*”

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala G, 09/08/1989, “*Smulevich c/ Di Si*”.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala I, 09/03/1990, “*Frederick Parker Ltd. c/ Villa o Villa y Egea*”.

- Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 10 de la Capital Federal, Secretaría 19, 19/05/1994, “*Hydrosa Trading Ltd. c. Pinal Pharma S.A.C.I.F. s. ejecutivo*”.

- Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 10, Secretaría 19, /12/1994, “*Seibel, Alberto c. Trachter, Daniel s. ejecutivo*”.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala G, 06/04/1998, “*Moka S.A. c/ Graiver, David s/sucesión y otros s/cobro de pesos*”.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala I, 14/04/1998, “*Rivas Cordero, Santiago c. Natanson, Jorge Gustavo o Gustavo Jorge Osvaldo s. daños y perjuicios*”.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, Sala D, 13/05/1999, “*Aeroflot Líneas Aéreas Internacionales Rusas c. Alcoholado Boye, Germán s. ejecutivo*”.

-Cámara Nacional del Trabajo, Sala II, 06/11/2001, “*Benítez, María del Carmen c. Editorial Atlántida s. despido*”.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala B, 20/05/03, *S. M., M. A. c. F., M. G. s. nulidad de matrimonio*.

- Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 28/04/2004, “*Soto, Javier c. Exxe S.A.*”.

- Suprema Corte de Justicia, Mendoza, Sala 1ª, 28/04/2005, “*Sabaté Sas S.A. en Covisan S.A. s. concurso s. verificación tardía s. incidente de casación*”.

- Cámara 1ª Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala II, 20/05/2008, “*Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Melendi, Omar Darío y otra s. cobro ejecutivo*”.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, Sala A, 28/10/2008, “*BKS Developers S.A. s/pedido de quiebra por BLL Credinstalt International Ltd.*”.

- CNCom., sala A, 16/10/2013, "*Scrugli, Carlos Antonio c. HSBC Bank Argentina S.A.*".

Los artículos mencionados fueron 1, 2, y 5 y las características salientes de las decisiones fueron:

a) El deber de aplicación de oficio y de investigación del contenido del derecho extranjero (casos "*Hydrosa*", "*Seibel*", "*Reger*", "*Moka*", "*Rivas Cordero*", "*Guitor Smulevich*", "*Aeroflot*", "*Banco Provincia de Buenos Aires*", "*Sabaté Sas*", "*Soto*", "*Frederick Parker*", "*Benítez*", "*Banco do Brasil c/ Astilleros Corrientes*").

b) El carácter universal de la Convención (casos "*Hydrosa*", "*Seibel*" y en algunos casos ello resulta implícito)¹⁶.

c) El deber de aplicación del derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resulta aplicable impone conocer no sólo sus normas sino también su doctrina y jurisprudencia ya que el tribunal carece de la libertad de interpretación y demás facultades de las que goza en la aplicación del propio derecho (caso "*Rivas Cordero*").

d) La Convención no impone la aplicación de oficio y obligatoria del derecho extranjero sino la interpretación que, obligatoriamente debe dispensarse a ese derecho extranjero cuando fuere aplicable (caso "*BKS*").

e) La Convención no impone a los jueces de la Nación el deber de investigar de oficiosamente el contenido e interpretación de las leyes extranjeras puesto que la carga continúa pesando sobre la parte que alega preceptos que el juez o el tribunal no están obligados a conocer (caso "*Zapata Timberlake*").

f) La Convención no impone el deber de investigar oficiosamente el contenido e interpretación de las leyes extranjeras (caso "*SMMA*").

g) El art. 2 de la Convención no marca la aplicación de oficio obligatoria del derecho extranjero sino cuál es la interpretación que obligatoriamente debe dispensarse a ese derecho extranjero (caso "*Scrugli*").

h) Se destaca por otra parte la existencia de varios dictámenes de la Fiscalía de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, en los que se acude a la Convención para sostener la existencia de fraude a la ley en el caso de sociedades *off shore* constituidas en Uruguay pero a los fines a la determinación del juez competente en materia concursal¹⁷. En rigor se sostenía el desplazamiento del art. 40 del Tratado de derecho comercial terrestre internacional de Montevideo de 1940 por el art. 6 del Convención acudiendo a las nociones de fraude a la ley y orden público. Los razonamientos ensayados, amén de confusos, omitieron toda referencia a la

¹⁶ No obstante, se aclara que, fuera de los casos que se mencionan en este Reporte, persisten decisiones en las que no se ha aplicado el derecho extranjero por falta de invocación y/o prueba por la parte interesada.

¹⁷ "*Boskop S.A. s/quiebra s/incidente de apelación*", "*Compañía General de Negocio s/pedido de quiebra por Mihanovich, Ricardo L.*", entre otros.

Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de sociedades y han sido, salvo alguna excepción, compartidos por el tribunal (no se trata de sentencias sino de dictámenes de fiscalía).

B) Incidencia en el Código Civil y Comercial de la Nación

En relación a esta Convención, cabe destacar que, más allá de ciertas diferencias en los términos empleados, en parte consecuencia de la diferente naturaleza de la fuente, el art. 2594 del CCyCN presenta una redacción similar al art. 1 del instrumento interamericano¹⁸.

En punto a la aplicación del derecho extranjero, mientras que la norma convencional se ha pronunciado en forma determinante por la obligación de la aplicación del derecho extranjero en el art. 2, el art. 2595 del CCyCN no adopta una posición clara¹⁹, no pareciendo surgir de sus términos tal obligación. Sin embargo, cuando el derecho extranjero resultare aplicable, la norma interna sí ha receptado la teoría del uso jurídico²⁰. A diferencia de la norma convencional que guarda silencio al respecto, el CCyCN ha establecido la solución para el caso de imposibilidad de conocer el contenido del derecho argentino (imposibilidad de “establecer el contenido” siguiendo su terminología), en cuyo caso corresponde la aplicación del derecho local. Además ha previsto soluciones especiales para los casos de covigencia territorial y personal y sucesión en el tiempo de diversos ordenamientos legales.

En cuanto a la situación de aplicación de diversos derechos a diferentes aspectos de una situación jurídica, el CCyCN impone la obligación de su armonización con la directiva de realizar las adaptaciones necesarias para respetar las finalidades perseguidas por cada uno de ellos, solución coincidente con la adoptada por el art. 9 del Convención, lo cual revela su

¹⁸ Art. 2594. Normas aplicables. “Las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones internacionales vigentes de aplicación en el caso y, en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna”.

¹⁹ Fernández Arroyo coincide con la falta de nitidez en la solución adoptada por el CCyC, y estima que ello queda subsanado a partir de la consideración de la Convención como universal, aunque señala también la existencia de ciertos precedentes contrarios en cuanto a esta conceptualización (véase el caso “*Scrugli*” citado oportunamente en este trabajo); ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO., “Aspectos generales y particularidades relevantes de la nueva dimensión interna del derecho internacional privado argentino”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2015, pp. 409/10. La falta de claridad de la norma ha sido destacada también por L. Scotti con citas concordantes; ver L. SCOTTI, *Incidencias del Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, pp. 56-57.

²⁰ El carácter de fuente de la CIDIP en relación a la norma de fuente interna ha sido en este punto expresamente reconocido. Ver M.E. UZAL (nota 1), p. 1184.

influencia.

Con respecto a la institución del fraude a la ley, aunque en la solución dispuesta por el art. 2598 del CCyCN subyace la misma idea y objetivo que en el art. 6 de la Convención, la redacción no presenta demasiada similitud con la norma convencional²¹.

En lo relativo al orden público, el art. 2600 del CCyCN adhiere a su conceptualización como conjunto de principios fundamentales, al igual que el texto interamericano, pero omite calificar tal incompatibilidad como “manifiesta”.²²

A diferencia del instrumento interamericano, el CCyCN no ha establecido norma alguna relativa a la problemática de la cuestión previa.

2. Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de sentencias y laudos arbitrales extranjeros

A) Jurisprudencia

Se relevaron seis decisiones, uno de primera instancia, tres de segunda instancia de la Capital Federal, uno de segunda instancia de la provincia de Buenos Aires y uno de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

- Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal de la Capital Federal, Sala III, 11/07/1996, “*Servicios de Carga IML S.A. c. UPS Worldwide Forwarding Inc s. exhorto*”.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15/10/1996, “*Riopar S.R.L. c. Transportes Fluviales Argenrío S.A.*”.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala E, 27/09/2004, “*Consortio de Propietarios Edificio Costa del Sol c/ Sucesión ab intestato de Ezra Chueque y Esther Cotton*”.

- Juzgado Nacional Civil 61, 31/10/2017, “*Aguinda Salazar María y otros c. Chevron Corporation s. exequátur y reconocimiento de sentencia extranjera*”.

- Cámara Nacional Civil, Sala I, 03/07/2018, “*Aguinda Salazar María y otros c. Chevron Corporation s. exequátur y reconocimiento de sentencia extranjera*”.

- Cámara Civil y Comercial, Azul, Sala I, 30/06/2020, “*H. Y. M. s./ divorcio por presentación unilateral*”.

El artículo mencionado ha sido el 2 y sus características salientes son:

²¹ Art. 2598. Fraude a ley. “Para la determinación del derecho aplicable en materias que involucran derechos no disponibles para las partes no se tienen en cuenta los hechos o actos realizados con el solo fin de eludir la aplicación del derecho designado por las normas de conflicto”.

²² Art. 2600. Orden público. “Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino”.

a) El derecho de defensa integra el orden público y corresponde denegar el reconocimiento de una sentencia que dispuso la cancelación de una hipoteca naval cuando el modo de notificación al acreedor hipotecario y el tiempo que se le concedieron no le permitieron razonablemente su ejercicio (caso “*Riopar*”).

b) Corresponde denegar el reconocimiento de una sentencia extranjera cuando no surja de las actuaciones que el demandado fue notificado en forma sustancialmente equivalente a la aceptada por la ley del Estado donde deba surtir efecto (caso “*Servicios de Carga IML*”).

En el caso “*Aguinda Salazar María*”, el Dictamen de la Procuración señala “(...) que lo expuesto es suficiente para rechazar el cumplimiento en nuestro país de la rogatoria librada por el juez ecuatoriano en tanto que la medida allí dispuesta —dictada en el marco de un procedimiento en el que no se aseguró la defensa de los sujetos afectados— es manifiestamente contraria al orden público argentino en los términos del artículo 12 de la Convención sobre medidas cautelares”. En otra parte de la sentencia se sostiene que “(...) l art. 2º inc. G) de la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de sentencias y laudos extranjeros de 1979 (CIDIP II) establece que las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales extranjeros, tengan el carácter de ejecutoriados o, en su caso, fuerza de cosa juzgada en el Estado en que fueron dictados. Ello, en consonancia con el carácter de cosa juzgada que dispone el art. 517 inc. 1º del CPCCN. (...) Al incorporar el pronunciamiento en forma tardía, entiendo que esta circunstancia - particularmente- en este proceso constituye un obstáculo a la pretensión, en tanto, este documento no era un pronunciamiento definitivo dotado de la calidad cosa juzgada y por ende al no cumplir con las formalidades exigidas para la prosecución de esta causa no puede ser reconocido en los términos previstos por los arts. 517 del CPCCN y de la CIDIP II”.

3. Convención interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares

A) Jurisprudencia

Se relevó una decisión de segunda instancia de la Capital Federal, una de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y tres en la que la Convención fue mencionada:

- Cámara Nacional Especial en lo Civil y Comercial de la Capital Federal, Sala II, 30/07/1986, “*Guitor, Marcos c. Alvarez, O. Juana*”.

-Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de la Capital Federal, Sala I, 18/03/2004, “*Artikmorneftegazarazvedka s/ interdicción de navegar*”.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de la Capital Federal, Sala I, 28/04/2005, “*Jet Acceptance Corporation c/ Aero Vip S.A.*”.
- Cámara Civil y Comercial de Salta, Sala III, 19/2/2009, “*C.S.E c/ S., B.I., W y M.R.O. s/nulidad de matrimonio*”.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 04/06/2013, “*A., S.M. c. Chevron Corporation*”.

Los artículos nombrados han sido el 3 y el 10 y las características salientes de las decisiones son:

- a) La procedencia de la medida cautelar debe ser resuelta conforme las leyes del lugar del proceso por imperio de lo dispuesto por la Convención (caso “*Guitar*”).
- b) Podría recurrirse a la aplicación analógica del art. 10 de la Convención en casos ajenos a ella para dictar medidas conservatorias o de urgencia a petición de parte con prescindencia del juez competente para entender en el asunto (caso “*S., B.I.*”)²³.
- c) El reconocimiento de la facultad de los tribunales argentinos de dictar medidas territoriales de urgencia sobre la base del principio de la jurisdicción más próxima con fundamento en el art. 10 de la Convención (caso “*Artikmorneftegazarazvedka*”, “*Jet Acceptance*”)²⁴;
- d) El art. 10 de la Convención podría aplicarse analógicamente en casos no alcanzados por el ámbito de aplicación del tratado para fundar la facultad del juez de fijar el plazo dentro del cual el peticionante de la medida deberá hacer valer sus derechos en juicio (caso “*Jet Acceptance*”).
- e) En el marco del proceso ecuatoriano en el cual se condenó a Chevron Corporation al pago de una suma de dinero en concepto de reparación de daños ambientales, daños punitivos y recompensa para los demandantes, se ordenó el diligenciamiento de una medida cautelar a los fines de asegurar la ejecución de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, contra bienes de la demandada existentes en la República Argentina. El requerimiento fue planteado ante los tribunales argentinos, los cuales decidieron favorablemente, tanto en primera como en segunda instancia, ordenando la traba del embargo, fundando su decisión en la normativa de la CIDIP II sobre ejecución de medidas cautelares. La disconformidad de las partes embargadas, dio lugar a un reclamo por vía de recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que hizo lugar al pedido dejando sin efecto la sentencia apelada. La Corte, en su voto mayoritario, consideró afectado el debido proceso de los embargados en Argentina, los cuales no

²³ De todos modos se consideró que la medida solicitada excedía el contenido de esta norma.

²⁴ No obstante, en el caso “*Artikmorneftegazarazvedka*” no se ordenó la medida por cuanto existía un procedimiento arbitral en trámite considerándose además que el tribunal argentino era incompetente para dictar una medida cuya urgencia no había sido demostrada.

habían sido notificados del proceso ni habían participado en él de forma alguna. La sentencia señala que, si bien la Convención prevé que los jueces del país requerido deben dar cumplimiento a las medidas cautelares decretadas por los tribunales de otro Estado Parte, lo cierto es que es posible rehusar dicha diligencia si al efectuarla se afectara manifiestamente el orden público. Así, las cosas, el máximo tribunal entiende que no puede extenderse el efecto de la sentencia a las sociedades argentinas pues “son claramente personas jurídicas diferentes de la demandada” (...); “la decisión de declarar inoponible la personalidad jurídica tiene carácter excepcional en nuestro derecho y solo puede ser tornada bajo ciertas condiciones establecidas por la ley y que este dispositivo excepcional no puede ser puesto en práctica sin la previa sustanciación, por vía principal o incidental, de un proceso contradictorio con efectiva posibilidad de defensa”. Cabe señalar que el voto en disidencia del magistrado Fayt, señala la responsabilidad internacional que le cabe a la República Argentina por desconocer la obligatoriedad de cumplimiento de la medida cautelar, impuesta por la Convención en su artículo 2°. En este sentido, resalta que las medidas de este tipo son dictadas y proveídas sin contradictorio, de forma tal que no podría inferirse en el caso la violación del derecho de defensa y que los artículos 4 y 12 tienen carácter restringido, pues “contemplan posibilidades de desestimación o incumplimiento de la medida siempre que estas resulten absolutamente improcedentes, maliciosas o abusivas” (caso “*Chevron Corporation*”).

B) Incidencia en el Código Civil y Comercial de la Nación

La regulación de medidas provisionales y cautelares internacionales ha sido incorporada en el CCyCN enfocada desde la óptica de la jurisdicción internacional, aunque adentrándose en la cooperación en materia cautelar²⁵. Puede advertirse la incidencia de la Convención interamericana aunque de forma limitada (por ejemplo, no regula el derecho a aplicar, el procedimiento, etc.)²⁶.

La influencia de la normativa interamericana se advierte

²⁵ IUD, Carolina / RUBAJA, Nieve, “Algunas herramientas para mejorar el acceso a la justicia en el nuevo Código Civil y Comercial Argentino”, en: *El acceso a la justicia en el derecho internacional privado. Jornadas de la ASADIP 2015*, Asunción, CEDEP-ASADIP / Mizrachi & Pujol, 2015.

²⁶ Sin perjuicio de ello, el art. 2641 dispone: “Medidas urgentes de protección. La autoridad competente debe aplicar su derecho interno para adoptar las medidas urgentes de protección que resulten necesarias respecto de las personas menores de edad o mayores incapaces o con capacidad restringida, o de sus bienes, cuando se encuentren en su territorio, sin perjuicio de la obligación de poner el hecho en conocimiento del Ministerio Público y, en su caso, de las autoridades competentes del domicilio o de la nacionalidad de la persona afectada, excepto lo dispuesto en materia de protección internacional de refugiados”.

fundamentalmente en que el CCyCN recoge el principio de la competencia de urgencia o de la jurisdicción más próxima contenido en el art. 10 de la Convención interamericana, aunque sin tantas precisiones²⁷. Asimismo recepta el principio de la autonomía de la cooperación cautelar en igual sentido que lo prevé el art. 6 de la Convención interamericana.

4. Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de sociedades mercantiles

A) Jurisprudencia

Se detectaron seis casos concretos de aplicación de la Convención:

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala I, 13/02/2001, “*Surafek River S.A. c. Renace Construir S.R.L. s. ejecución hipotecaria*”.
- Cámara Nacional Comercial, Sala C, 19/06/2014, “*Freije Gonzalez Mario Julian c. Ronisol S.A. y otros*”.
- Cámara Nacional Comercial, Sala F, 12/12/2017, “*Westall Group Sociedad Anónima c. Foods Land Sociedad Anónima s. ejecutivo*”.
- Cámara Nacional Comercial, Sala D, 07/10/2021, “*Westall Group Sociedad Anónima c. Foods Land Sociedad Anónima s. sumarísimo*”.
- Cámara Nacional Comercial, Sala F, 24/06/2022, “*Dacharry, Juan Pedro c. Emde SA s. ordinario*”.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, 23/11/2023, “*Virtual Remote Partner LLC c. Accion Point SA s. medidas preliminares y de prueba anticipada*”.

Como aspectos salientes de los siguientes se destacan:

- a) En el caso “*Surafek River*” se permitió a una sociedad constituida en Uruguay -cesionaria de un crédito- continuar adelante la ejecución sin necesidad de inscribirse por tratarse de un acto aislado.
- b) En “*Freije González*”, sin perjuicio de señalarse que conforme el art. 2 de la Convención la ley aplicable a la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades mercantiles, es la del lugar de constitución, entendiéndose por tal aquel donde se cumplen los requisitos de forma y fondo requeridos para su creación, no podía soslayarse que la sociedad en cuestión se había constituido en Uruguay bajo el régimen de la ley 11.073 pero que había sido “adquirida” al solo efecto de ser titular de un inmueble en

²⁷ En la fuente interna no se establece cómo debería seguir el procedimiento en particular, por ejemplo, respecto de la comunicación al juez extranjero, si este estuviera interviniendo, o la fijación de un plazo para que el peticionante de la medida haga valer sus derechos ante el juez que se hallara dotado de jurisdicción internacional.

Argentina; a criterio del tribunal ello permitía encuadrarla en el art. 124 de la Ley de sociedades comerciales argentina y considerarla una sociedad local.

c) En el caso, “*Westall Group S.A.*” promovió una demanda de desalojo por el vencimiento de cierto contrato de locación y por falta de pago contra Food's Land S.A. La jueza de primera instancia rechazó las defensas opuestas por la demandada Food's Land S.A. y, como consecuencia de ello, admitió la presente acción de desalojo incoada por Westall Group S.A., ordenando a aquella y/o a todo eventual ocupante del inmueble locado a desocuparlo - dentro de los diez (días- y a restituirlo en los términos fijados en el contrato de locación suscripto, bajo apercibimiento de disponer el inmediato lanzamiento. Contra tal decisión apeló la demandada. Su recurso fue resistido por la parte actora. La Fiscal General de Cámara dictaminó aconsejando revocar la sentencia recurrida. El planteo de la Fiscal consiste sustancialmente en el reproche de arbitrariedad de la decisión cuestionada, enfocado en la valoración normativa efectuada en autos, considerando que debió aplicarse en el caso las normas del derecho internacional privado vigente, como son el art. 124 LGS (norma de orden público societario calificada como norma de policía de derecho internacional privado) y la CIDIP II (art. 7), que expresamente excluyen la aplicación de otro derecho contrario al orden público argentino.

d) En “*Dacharry*” el reclamo tiene como objeto que, previa declaración de inoponibilidad de la persona jurídica de EMDE S.A., el dominio de los inmuebles sea transferido a quienes siempre fueron sus verdaderos titulares: sus padres (Juana Postolsky y Pedro Feliz Dacharry). El tribunal señala que “la pretensión que se intenta es regularizar una situación fáctica anómala que genera perjuicios y resulta claramente regido por normas comerciales (art. 124 de la Ley General de Sociedades, arts. 2 y 6 de la CIDIP II).

e) En el caso “*Virtual Remote Partner LLC*” la parte actora planteó *inaudita parte* en forma previa a la interposición de demanda, que se procediera a practicar reconocimiento judicial como medida de prueba anticipada, a los efectos de constatar la violación de secretos profesionales y a la ley de lealtad comercial de la empresa Accion Point SA. La actora sostuvo que el reconocimiento de la actuación orgánica del administrador societario de una persona jurídica constituida en el extranjero conforma un criterio avalado unánimemente por la doctrina y jurisprudencia, tanto administrativa como judicial; y que tomando como punto de partida nuestras normas de derecho positivo, prescribe el art. 118, primera parte, de la Ley 19.550 y que la sociedad constituida en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y formas por las leyes del lugar de constitución” Lo mismo ocurre en materia de la CIDIP II, Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles (art. 2º), y arts. 1 y 5º de la Convención sobre reconocimiento de la personería jurídica de las sociedades, asociaciones y fundaciones extranjeras - Ley 24.409. Alegó que la posibilidad de presentarse

en juicio radica en la primera parte del art. 118 de la LGS y que nuestro sistema de Derecho internacional privado no prevé procedimientos de reconocimiento de personas extranjeras. El tribunal termina revocando la sentencia apelada.

Se detectaron algunos casos en los cuales la Convención ha sido mencionada como así también algunas otras decisiones en las que se omitió efectuar referencia pese a que resultaba pertinente (Cámara Nacional Civil, Sala L, 11/10/2013, “*Jure, Diana Silvia c/Traxel S.A. y otros s/sucesiones: acciones relacionadas*”).

5. Convención interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero

A) Jurisprudencia

Se reportó el siguiente caso de segunda instancia de la Capital Federal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala I, 14/04/1998, “*Rivas Cordero, Santiago c. Natanson, Jorge Gustavo o Gustavo Jorge Osvaldo s. daños y perjuicios*”, en el cual, luego de pronunciarse a favor de la aplicación de oficio de un derecho extranjero, se consideró que aun cuando la Convención estableciera modos de obtener la información relativa a la cuestión y creare obligaciones para los Estados Parte de proveerla, no limita los modos de conocimiento del derecho extranjero por parte del tribunal interviniente.

IV. CIDIP III

Véase en CIDIP I, punto I.2.

V. CIDIP IV

1. Convención interamericana sobre restitución internacional de menores

A) Jurisprudencia

Se relevaron veinticinco decisiones, nueve correspondientes a la CSJN, tres a superiores tribunales de Provincia, trece de segunda instancia y uno de primera instancia:

- Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, sala Civil y Comercial, 23/07/2003, “*S.A.G. s. restitución internacional*”.

- Cámara Civil y Comercial de La Matanza, Sala I, 27/04/2004, “*I. P., L. s. presunto abuso deshonesto*”.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 07/09/2004, “*S.A.G. s. restitución internacional*”²⁸.
- Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, 09/02/2005, “*B. de S., D. c. T., E. s. exhorto*”.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20/12/2005, “*S. A. G. s. restitución internacional*”.
- Cámara Nacional Civil y Comercial, Azul, Sala II, 13/09/2006, “*R., H. S.*”.
- Cámara Nacional Civil, Sala H, 06/10/2010, “*E. G., V. C. v. A. N., A. L.*”.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 08/11/2011, “*F. R., F. C. c. L. S., Y. U. s/ reintegro de hijo*”.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21/05/2013, “*F.C. del C. c/ G.R.T. s/ reintegro de hijo*”.
- Cámara Nacional Civil, Sala I, 24/10/2013 “*D., E. M. c. M., M.A. s/ reintegro de hijo*”.
- Cámara Nacional Civil, 26/08/2014, “*O.F., E. O.G c/ V.F., K. P s/ restitución internacional de menores*”.
- Cámara Civil y Comercial, Lomas de Zamora, Sala I, 12/08/2015, “*C., R. A. E. c. G., A. A. s. exhortos y oficios*”²⁹.
- Cámara Nacional Civil, Sala H, 28/09/2016, “*F. O., J. C. y otro c. A. C., M. E. s. reintegro de hijo*”.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 29/11/2016, “*B. C., J. G. c. R. P., C. J. s. restitución internacional de niños*”.
- Juzgado Civil de Personas y Familia, Tartagal, 29/12/2017 y 05/03/2018, “*Asesoría de Menores N° 1 s. restitución internacional de M. Y. A.*”
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 11/09/2018, “*G. A., D. I. c. M., J. s. restitución internacional de menores*”.
- Cámara Nacional Civil, Sala J, 08/10/2019, “*B. A., A. M. c. M. T., X. M. y otro s. impugnación de filiación*”.

²⁸ A partir de la opinión del Procurador General sustituto, quien sostuvo que la prueba que se había producido y evaluado en el expediente en las distintas etapas judiciales giraban en torno a la capacidad para asumir el rol de padre y madre de los progenitores y que ello excedía el ámbito abarcado por la Convención interamericana y por el mecanismo de restitución previsto convencionalmente, la Corte Suprema en uso de las facultades previstas en el art. 36. 4 CPCCN, con el objeto de atender el interés superior de la menor a que se refiere el art. 3° de la Convención sobre los derechos del niño, ordenó la producción de un informe sobre el estado de salud actual de la niña y acerca de si el cumplimiento de la decisión adoptada por el tribunal superior podría producir en ella un impacto físico o una grave perturbación psíquica que fuera en serio detrimento de su salud.

²⁹ Se aplican las disposiciones de la CIDIP de restitución internacional de niños y del Convenio de La Haya simultáneamente.

- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, Santa Rosa, La Pampa, 31/10/2019, “*A., D. M. c. F. S., I. J. s. sumarísimo*”.
- Cámara Nacional Civil, Sala K, 12/11/2019, “*L. G., P. Y. c. A. M., T. N. s. restitución internacional de niños*”.
- Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, 21/12/2020, “*G. F., L. C. vs. R., M. R. s. Restitución internacional de hijo*”.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 6/5/2021, y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, 9/11/2020, “*R. P. C. A. c/ M. O. N. D. R. s/ restitución internacional de menores*”.
- Superior Tribunal de Córdoba, Sala Civil y Comercial, 18/02/2021, “*P. S., M. c. S. M., M. V. s. restitución internacional de menores de edad*”.
- Cámara Nacional Civil, Sala de feria, 27/01/2022, “*D. G., P. L. c. R., O. M. s. restitución internacional de niños*”.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 24/05/2022, “*P. S., M. c/ S. M., M. V. s/ restitución internacional de menores de edad*”.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 03/05/2023, “*M.S., M.G. s/ F., M.V. s/ restitución internacional de menores*”.
- Cámara Nacional Civil, Sala H, 21/02/2024, “*P. M. R. c. V. M. C. K. s. restitución internacional de menor*”.

Como aspectos salientes de estos casos se destacan:

- a) En el caso “*I. P., L. s. presunto abuso deshonesto*” se sostuvo que la competencia para conocer en la solicitud de restitución de menores corresponde a las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte donde el menor tuviere su residencia habitual.
- b) En el caso “*S. A. G. s. restitución internacional*” la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que la orden de restitución no constituía un impedimento para que, por la vía procesal pertinente, los padres pudieran discutir la tenencia de la menor, puesto que el proceso de restitución no tiene por objeto dilucidar su aptitud para ejercer la guarda o tenencia de la menor (artículo 15 de la Convención interamericana).

Se sostuvo, asimismo, que no existe “contradicción alguna entre la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores, en tanto ambos instrumentos - cada uno en su esfera- tienden a la protección del “interés superior del niño”. Para interpretar las excepciones contenidas en la Convención la Corte sostuvo: “la restitución requiere que el niño presente un extremo de perturbación emocional superior al que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia de sus padres y que exige una situación delicada que va más allá del natural padecimiento que puede ocasionar un cambio de lugar de residencia o la desarticulación de su grupo Convivencial”. “(...) la “estabilidad” del ámbito convivencial de la niña, además de no resultar decisiva para excusar el incumplimiento del Convenio, fue conseguida como

consecuencia de su traslado ilícito a otro país por parte de su progenitora (...).”

c) El Superior Tribunal de la Provincia de Córdoba en el caso “*S. A. G. s. restitución internacional*” sostuvo que la invocación de la cláusula de reserva del orden público debe ser restringida a su mínima expresión.

d) En el caso “*R.H.S.*” se señaló que la Convención interamericana no exige el recaudo de la audiencia previa del menor ante el juez exhortante; ello corresponde a la autoridad judicial exhortada³⁰. Asimismo, en interpretación a los arts. 10 y 11 *in fine*, se concluyó que la escucha al niño no supone la automática y mecánica admisión por el juez de sus deseos sino que debe ponderarlos "analizándolos en concreto, atendiendo a la circunstancia histórica", ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto. Además, se estimó que, de acuerdo al art. 15, la restitución ordenada no implica prejuzgamiento sobre la guarda de la niña.

e) En el caso “*F.C. del C.*” devenía aplicable la CIDIP sobre restitución internacional de niños puesto que ambos países involucrados -México y Argentina- eran parte en este instrumento y en el Convenio de La Haya sobre la materia; en el art. 34 de la CIDIP se dispone la aplicación de este instrumento en estos supuestos, salvo acuerdo bilateral en contrario. Nótese que esta circunstancia recién se advierte en el Dictamen de la Procuración ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y, luego de confirmar este extremo, se expresa que ambos instrumentos internacionales satisfacen las directivas del art. 11 de la Convención sobre los derechos del niño mediante cláusulas sustancialmente coincidentes. Por lo tanto, desde esa perspectiva, se consideró que resultaba pertinente aplicar los criterios generales elaborados en tomo al Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores en cuyos propósitos y remedios básicos contra la sustracción transnacional de niños, se alinea la Convención interamericana.

En similar sentido el Tribunal Superior de Córdoba, en el caso “*P. S., M. c. S. M., M. V.*” sostuvo que en términos generales, está claro que tanto el Convenio de La Haya como la Convención interamericana tienen como finalidad la de restablecer el equilibrio roto por quien ha transformado en exclusivas facultades que eran compartidas por ambos progenitores y evitar un desarraigo abrupto e ilegítimo de la niña o niño involucrado respecto del ámbito social donde está creciendo. Asimismo, que las normas internacionales que regulan el cumplimiento de tales medidas de reintegro, tienden a la obtención de soluciones radicales que faciliten la pronta restitución de la niña o el niño a través de procedimientos que conjuguen los principios rectores de la cooperación judicial internacional y que armonicen los criterios de orden universal con las peculiaridades nacionales.

³⁰ En igual sentido se expresó la Corte de la Provincia de Buenos Aires en el caso “*B. de S., D. c. T., E. s. exhorto*”.

f) El tribunal en “*C., R. A. E.*” estimó que no correspondía considerar la integración de la niña pues la petición de restitución que era objeto de autos ha sido interpuesta dentro del plazo de un (1) año establecido en el artículo 12 del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y artículo 14 de la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores. Para interpretar la excepción del art. 11.b. se recordó lo sostenido por la Corte de la Provincia de Buenos Aires en el sentido que la facultad de denegar el retorno debe ser entendida como una hipótesis que, para tornarse operativa, requiere que el niño presente un extremo de perturbación emocional superior al que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia con uno de sus padres. Exige la concurrencia de una situación delicada, que va más allá del natural padecimiento que puede ocasionar un cambio de lugar de residencia o la desarticulación de su grupo conviviente. El artículo 15 de la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores expresamente prevé que una decisión adoptada en virtud del presente Convenio sobre restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia.

g) En el caso “*E.G., V.C.*”, se señaló que el mecanismo de reintegro opera siempre que el traslado o la retención merezca la calificación de ilícito. El tribunal sostuvo que dicho carácter ha de determinarse coordinando el alcance de la custodia, atribuida conforme el derecho vigente en el país de residencia habitual del menor, inmediatamente a la ocurrencia del evento.

h) La Cámara en “*D., E. M. c. M., M.A.*” señaló que tanto la CIDIP IV como el Convenio de La Haya satisfacen las directivas del art. 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño mediante cláusulas sustancialmente coincidentes. Además, se aseveró que se resuelva en este proceso no constituye impedimento para que los padres puedan discutir el derecho de fondo relativo a la guarda o custodia de los menores por vía procesal pertinente y por ante el tribunal con competencia en la esfera internacional desde que la propia Convención prevé que su ámbito queda limitado a la decisión de si medió traslado o retención ilegal de los menores en cuestión. Se estimó que el procedimiento previsto en la CIDIP IV no implica la ejecución de una suerte de medida cautelar citada en un proceso judicial, sino de un procedimiento autónomo – respecto del contenido de fondo- que se instaura a través de las llamadas “Autoridades Centrales” de los Estados contratantes (art. 7). Así, se sostuvo que dicho proceso se circunscribe al propósito de restablecer la situación anterior, jurídicamente protegida, que fue turbada, mediante el retorno inmediato del o los menores desplazados o retenidos ilícitamente en otro Estado contratante. Se destacó que especialmente en este tipo de casos la importancia del factor tiempo y la necesidad de no demorar innecesariamente el trámite de restitución como un modo de evitar desvirtuar la eficacia práctica del tratado. Se concluyó que de lo contrario su espíritu se desvanecería en esencia y con ello se causarían

graves e irreparables perjuicios, que los sufren precisamente los sujetos más débiles y necesitados de protección que son a quienes tributan sin dudas sus normas.

i) En el caso “*O.F. , E. O.G* “, el tribunal estableció que la expresión “residencia habitual” que utiliza la Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de niños³¹ se refiere a una situación de hecho que supone estabilidad y permanencia y alude al centro de gravedad de la vida del menor. La residencia habitual de un niño, en el sentido de dicho precepto no puede ser establecida por uno de los padres en fraude de los derechos del otro padre o por vías de hecho.

j) En el caso “*M.S., M.G. c. F., M.V.*” el tribunal expresó, a raíz de las demoras en el trámite del proceso ante la Corte de la Provincia de Buenos Aires que en materia de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes la celeridad en la resolución del conflicto constituye un mandato central que compromete la responsabilidad del Estado argentino en los términos del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980 y la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores.

k) En “*P. S., M. c/ S. M., M. V.*” la Corte al referirse a la excepción de grave riesgo entendió que “en los supuestos en los que la excepción a la obligación de restituir en forma inmediata a los menores a su país de residencia habitual se sustenta en la violencia familiar o de género, quien la invoca, como en todos los casos, debe demostrar de forma ineludible, mediante prueba concreta, clara y contundente, que el efecto que aquella situación produce en el niño tras su restitución alcanza un alto umbral de grave riesgo que autoriza tenerla por configurada, pues la presunción, indicio y hasta la existencia misma de aquella situación no determina por sí sola la operatividad de la excepción en juego, dado que lo que exige probar el convenio a tal fin es un riesgo grave para el niño con motivo de la restitución, en los términos del art. 13, inc. b, del CH 1980 (art. 11, inc. b, de la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores), es decir, tal violencia no es una excepción diferente a las que prevén, con carácter taxativo, los convenios en cuestión, sino una especie más del género grave riesgo. Lo que sella la suerte de la pretensión restitutoria en estos casos es la acreditación del riesgo grave que implica para el infante dicho retorno y la ausencia de medidas de protección adecuadas y eficaces para eliminarlo, paliarlo o neutralizarlo - circunstancia que hace que el regreso no sea seguro-“.

³¹ Se aclara que sin perjuicio que la referencia es al Convenio de La Haya el caso se encuadra en el marco normativo apropiado que es la Convención interamericana puesto que el caso se vincula con Paraguay. Estimamos por lo tanto que la interpretación corresponde a ambos marcos normativos.

l) En el caso “*A., D. M. c. F. S., I. J. s. sumarísimo*”, sin perjuicio de advertir que correspondía aplicar al caso el Convenio de La Haya -puesto que los niños habían se encontraban ilícitamente en los Estados Unidos- aplica ambos convenios para instar la pronta restitución de aquéllos.

m) En el caso “*G. A., D. I. c. M., J.*” se partió de la premisa que el interés superior del niño debe orientar y condicionar las decisiones judiciales en el cumplimiento del Convenio de La Haya de 1980 y de la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores y que este se resguarda -esencialmente- con “una solución de urgencia y provisoria” que cese la vía de hecho.

n) En “*Asesoría de Menores N° 1 s. restitución internacional de M. Y. A.*” se consideró que el Convenio busca que la restitución se cumpla en tiempo propio, para no desvirtuar los objetivos limitados del procedimiento. El tiempo es fundamental en todos los asuntos humanos y lo es de manera relevante en el desarrollo de los niños. Además, se destaca que por residencia habitual entendemos que es aquel donde el niño/a, adolescente tiene su centro de vida.

ñ) En el caso “*L. G., P. Y. c. A. M., T. N. s. restitución internacional de niños*” se sostuvo que tanto la Convención de La Haya de 1980, como la Convención interamericana de 1989, están previstas como un sistema que debe funcionar en los Estados signatarios por un trámite rápido, eficaz y expeditivo. En esa línea, se aseveró que “el criterio reinante es que los temas de fondo que tengan para plantear los progenitores, los deberán hacer valer ante los tribunales del lugar donde el niño tiene su residencia habitual y centro de vida”.

B) Incidencia en el Código Civil y Comercial de la Nación

La CIDIP sobre restitución internacional de niños no sólo incide en el art. 2642 del CCyCN³² sino que, directamente, los principios que emanan de este instrumento internacional son incorporados a la fuente interna argentina³³.

³² P.M. ALL, “Comentario al art. 2642”, en: Rivera, J.C. / Medina, G. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. VI, Buenos Aires, La Ley, 2015, pp. 911-915.

³³ En vigencia del Código Civil se carecía en la fuente interna de soluciones para casos de sustracción internacional de niños. El nuevo art. 2642 establece: “Principios generales y cooperación. En materia de desplazamientos, retenciones o sustracción de menores de edad que den lugar a pedidos de localización y restitución internacional, rigen las convenciones vigentes y, fuera de su ámbito de aplicación, los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño.

El juez competente que decide la restitución de una persona menor de edad debe supervisar el regreso seguro del niño, niña o adolescente, fomentando las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión.

A petición de parte legitimada o a requerimiento de autoridad competente extranjera, el juez argentino que toma conocimiento del inminente ingreso al país de un niño o adolescente

La nueva norma, en su primera parte, confirma la aplicación de la fuente convencional vigente; extremo que resulta apropiado y lógico en sintonía con lo establecido en el art. 2594 CCyCN. Sin embargo, su principal aporte es la extensión de la aplicación de los principios contenidos en las convenciones internacionales vigentes³⁴ a los casos que queden fuera del ámbito de aplicación de aquéllas, con el recaudo de asegurar el interés superior del niño. Así, se incorpora una importante solución para los casos en la materia que vinculan a la Argentina con Estados que no son parte en las convenciones vigentes –o con Estados Parte en aquéllas pero que exceden su marco de aplicación-.

La referencia a los “principios contenidos en tales convenios”, así como la pauta de la adaptación, tiene un amplio alcance -mucho mayor al que hubiera implicado una referencia a su articulado-³⁵. Es decir, en el ámbito de la CIDIP sobre restitución internacional de niños son numerosas las disposiciones que nutren a dichos principios al igual que la interpretación que ha hecho la doctrina y la jurisprudencia en el marco del ordenamiento jurídico nacional; igualmente dichos principios emanan del *soft law* elaborado a nivel internacional, tal como la Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los Convenios sobre sustracción internacional de niños (en adelante, Ley Modelo)³⁶. Entre ellos, cabe mencionar la impronta que matiza al interés superior del niño en el contexto de esta problemática; la prohibición de la revisión de fondo del derecho de custodia; la celeridad de la que deben estar dotados los procesos y su autonomía; el limitado marco de conocimiento y la estrechez con la que deben ser interpretadas las excepciones para justificar el apartamiento del principio de restituir al niño, etc.

cuyos derechos puedan verse amenazados, puede disponer medidas anticipadas a fin de asegurar su protección, como así también, si correspondiera, la del adulto que acompaña al niño, niña o adolescente”.

³⁴ Integran la fuente internacional, además de la CIDIP sobre restitución internacional de niños, el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores del 25 de octubre de 1980 y, a nivel bilateral, el Convenio con la República Oriental del Uruguay sobre protección internacional de menores, aprobado por ley 22.546, en vigor desde diciembre de 1982. Este último instrumento ofrece un esquema de cooperación distinto a los otros instrumentos internacionales mencionados.

³⁵ Ello, además, resulta concordante con lo dispuesto por el art. 31 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados en relación a las pautas interpretativas de aquellos.

³⁶ Esta Ley Modelo fue desarrollada por un grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño. Se puede acceder su texto en http://www.hcch.net/upload/iap28ml_s.pdf, (fecha de última consulta 30/9/2016). Nótese, por ejemplo, en el art. 2, segundo párrafo, en el que se define al interés superior del niño como “(...) el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente y a que se dilucide ante el Juez del Estado de su residencia habitual la decisión sobre su guarda o custodia; a mantener contacto fluido con ambos progenitores y sus familias y a obtener una rápida resolución de la solicitud de restitución o de visita internacional”.

Sumado a ello cabe recordar que el art. 2611 del CCyCN contempla de modo genérico el deber de brindar amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral.

El segundo párrafo del art. 2642 contiene una disposición de tipo material en relación a la seguridad con que deberá efectuarse el regreso del niño, niña o adolescente en la etapa de ejecución de la sentencia y al deber del juez de fomentar la restitución voluntaria. Sin perjuicio que la CIDIP sobre restitución internacional de niños carece de disposiciones relativas a la supervisión del regreso del niño al Estado de su residencia habitual luego de ordenada la restitución³⁷, es dable notar que en el art. 10 promueve la solución voluntaria de estos casos.

Por último, en el tercer párrafo del artículo, se admite la posibilidad de disponer medidas anticipadas de protección frente al inminente ingreso de un niño o adolescente al país cuyos derechos puedan verse amenazados, ya sea a pedido de parte legitimada o por requerimiento de autoridad competente extranjera. Entendemos que el art. 19 de la CIDIP sobre restitución internacional de niños ha tenido incidencia en esta previsión. Es decir, sin perjuicio que el referido artículo parte del hallazgo de un niño como consecuencia de un proceso de localización, establece que en esos casos se “deberán adoptar de inmediato todas las medidas que sean conducentes para asegurar su salud y evitar su ocultamiento o traslado a otra jurisdicción”. El art. 2642, tercer párrafo, sigue esta línea y extiende además la protección para el adulto que acompaña al niño en caso de que resulte necesario.

Los principios que emanan de la CIDIP sobre restitución internacional de niños, como los que emanan del Convenio de La Haya en la materia, también han incidido en el art. 2614, segunda parte, del CCyCN cuando mediante una calificación autónoma se establece: “Sin perjuicio de lo dispuesto por convenciones internacionales, los niños, niñas y adolescentes que han sido sustraídos o retenidos ilícitamente no adquieren domicilio en el lugar donde permanezcan sustraídos, fuesen trasladados o retenidos ilícitamente”.

Merece también ser destacado que, atendiendo a la urgencia y a los fines de promover la cooperación en determinadas materias -en la que sin lugar a dudas se encuentran los casos de sustracción internacional de niños-, el art. 2612 del CCyCN faculta a los jueces a establecer comunicaciones

³⁷ Aunque no debe perderse de vista que la disposición contenida en el art. 13 -que establece que si dentro del plazo de cuarenta y cinco días calendario desde que fuere recibida por la autoridad requirente la resolución por la cual se dispone la entrega no se hubieren tomado las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado del menor quedarán sin efecto la restitución ordenada y las providencias adoptadas- no tiene otro fin que proteger el interés superior del niño luego de dictada la orden de restitución y atendiendo a la posible integración al nuevo medio.

judiciales directas con jueces extranjeros que acepten la práctica, en tanto se respeten las garantías del debido proceso”. Además, este recurso es incorporado en la Ley Modelo (art. 21).

Finalmente, puede advertirse también la incidencia de la CIDIP sobre restitución internacional de niños en el art. 2639 que, en su primera parte, dispone: “Todo lo atinente a la responsabilidad parental se rige por el derecho de la residencia habitual del hijo al momento en que se suscita el conflicto.” Si bien se trata de una norma de conflicto, cabe aseverar que de aquélla puede deducirse también la jurisdicción internacional en la materia, sobre todo atendiendo a tanto la doctrina como jurisprudencia en torno de la CIDIP sobre restitución internacional de niños y del Convenio de La Haya en la especie se han manifestado en el sentido de que el juez competente para resolver el fondo del derecho de custodia, en los términos de los arts. 3 y 5 de las aludidas Convenciones, es el del lugar de la residencia habitual del niño anterior al desplazamiento o retención ilícitos.

2. Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias

A) Jurisprudencia

Se ha reportado un caso del máximo tribunal de la provincia de Buenos Aires: -Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 06/11/2012, “*C. A. c. F. E., D. B.*”.

El tribunal sostuvo que la finalidad de la Convención interamericana es facilitar el acceso a la jurisdicción y que sus disposiciones se adecuan al principio de protección al alimentado. Así, a la luz de tal paradigma, destaca que el art. 8 establece que en caso de conflicto, la opción de la jurisdicción queda a cargo del acreedor, pues nadie mejor que él para valorar su conveniencia a la hora de litigar y la elección de la ley aplicable corresponde obviamente- al magistrado que intervenga, quien deberá discernir también según la ley más favorable a los intereses del alimentado (art. 6). El tribunal sostuvo que el art. 9 se ocupa del aumento, cese y reducción de la cuota alimentaria. Así, se destacó que para acrecentar la cuantía es competente cualquier juez según las reglas del art. 8, mientras que si se requiere disminuir o extinguir la cuota debida, lo es el magistrado que haya conocido en su fijación.

B) Incidencia en el Código Civil y Comercial de la Nación

El art. 2629 del CCyCN establece la jurisdicción internacional en materia de alimentos y ha recibido una directa influencia de la CIDIP en materia de

obligaciones alimentarias, especialmente en relación a los criterios atributivos que surgen del art. 8 del Convenio internacional³⁸.

La disposición de la regulación interna abarca en su ámbito de aplicación material las prestaciones alimentarias en general, las derivadas del matrimonio y de las uniones convivenciales (al igual que el art. 2630 CCyCN en relación al derecho aplicable); mientras que el marco convencional sólo alcanza a las obligaciones alimentarias respecto de menores por su calidad de tales y a las que se deriven de las relaciones matrimoniales entre cónyuges o quienes hayan sido tales; sin perjuicio de ello debe atenderse a que la CIDIP permite ampliar o restringir dicho parámetro, ya sea para que se aplique sólo a obligaciones respecto de menores de edad (art. 1) o para incluir a otros acreedores mediante una declaración (art. 3).

En relación a los criterios atributivos de jurisdicción cabe atender que el art. 2629 del CCyCN sigue a la CIDIP en tanto establece que, a opción del actor, podrá entablarse la acción ante los jueces del domicilio o residencia habitual del actor o del deudor³⁹. Se sigue, asimismo, el foro del patrimonio del deudor aunque se adiciona la exigencia que resulte “razonable según las circunstancias del caso”. A diferencia de la fuente internacional se consideran también competentes a los jueces del último domicilio conyugal o convivencial para supuestos de alimentos derivados de estas relaciones e, incluso, al juez que haya resultado competente en la disolución del vínculo.

Al igual que en el ámbito de la CIDIP, se admite el ejercicio de la autonomía de la voluntad en esta materia a estos fines, sin embargo el art. 2629 CCyCN en estos supuestos permite entablar la demanda ante el juez del lugar de cumplimiento de la obligación o el del lugar de la celebración de dicho convenio si coincide con la residencia del demandado pero no admite la prórroga de jurisdicción *post litem natam* tal como lo hace la Convención interamericana.

El CCyCN no ha seguido en esta materia las disposiciones contenidas en la CIDIP sobre obligaciones alimentarias contenidas en el art. 9 respecto a

³⁸ Art. 2629. Jurisdicción. “Las acciones sobre la prestación alimentaria deben interponerse, a elección de quien la requiera, ante los jueces de su domicilio, de su residencia habitual, o ante los del domicilio o residencia habitual del demandado. Además, si fuese razonable según las circunstancias del caso, pueden interponerse ante los jueces del lugar donde el demandado tenga bienes.

Las acciones de alimentos entre cónyuges o convivientes deben deducirse ante el juez del último domicilio conyugal o convivencial, ante el domicilio o residencia habitual del demandado, o ante el juez que haya entendido en la disolución del vínculo.

Si se hubiere celebrado un convenio, a opción del actor, las acciones pueden también interponerse ante el juez del lugar de cumplimiento de la obligación o el del lugar de la celebración de dicho convenio si coincide con la residencia del demandado”.

³⁹ Se sigue solamente el criterio judicial y no de “autoridad” en atención a la distribución de competencias a nivel nacional en Argentina.

la competencia para las acciones de aumento, cese, reducción del monto de alimentos.

En relación al derecho aplicable en esta materia, el art. 2630 del CCyCN sigue también los parámetros establecidos en la Convención internacional aunque de manera más limitada⁴⁰. Así, el nuevo código toma los puntos de conexión designados por el art. 6 en relación al domicilio del actor o demandado e, incluso, la orientación material puesto que el juez deberá optar entre esos derechos por el que resulte más favorable al interés del acreedor. Sin embargo, el art. 2630 no toma los puntos de conexión relativos a la residencia habitual de actor o demandado que contiene el mencionado art. 6 del instrumento internacional en forma genérica. Éstos últimos operarán sólo como una opción –junto con los domiciliarios- para el supuesto que las partes ejercieran su autonomía de la voluntad para elegir el derecho que regirá los acuerdos alimentarios, aunque en este caso se incorpora un corte temporal al tiempo de la celebración del acuerdo a los fines de conseguir mayor seguridad jurídica en atención a la naturaleza de la obligación que se regula. Es decir, que aunque las opciones libradas al juez son más restringidas en el ámbito nacional, el margen de la autonomía de la voluntad de las partes es más amplio.

En defecto del ejercicio de la autonomía de la voluntad por las partes en estos supuestos el legislador determina subsidiariamente la aplicación del derecho que rige el derecho a alimentos.

Por último, el art. 2630 contempla el derecho que regirá la obligación alimentaria entre cónyuges o convivientes y establece que será el del último domicilio conyugal, o la última convivencia efectiva o el del país cuyo derecho es aplicable a la disolución o nulidad del vínculo⁴¹.

A diferencia de la CIDIP sobre obligaciones alimentarias, el CCyCN no hace alusión al alcance del derecho aplicable [a) el monto del crédito alimentario y los plazos y condiciones para hacerlo efectivo; b) la determinación de quienes pueden ejercer la acción alimentaria en favor del acreedor, y c) las demás condiciones requeridas para el ejercicio del derecho

⁴⁰ Art. 2630. Derecho aplicable. “El derecho a alimentos se rige por el derecho del domicilio del acreedor o del deudor alimentario, el que a juicio de la autoridad competente resulte más favorable al interés del acreedor alimentario.

Los acuerdos alimentarios se rigen, a elección de las partes, por el derecho del domicilio o de la residencia habitual de cualquiera de ellas al tiempo de la celebración del acuerdo. En su defecto, se aplica la ley que rige el derecho a alimentos.

El derecho a alimentos entre cónyuges o convivientes se rige por el derecho del último domicilio conyugal, de la última convivencia efectiva o del país cuyo derecho es aplicable a la disolución o nulidad del vínculo”.

⁴¹ Cabe aclarar que el derecho aplicable a la disolución o nulidad en caso de matrimonio es el del último domicilio conyugal (conf. arts. 2626 y 2622) y en caso de uniones convivenciales, el art.2628 establece que éstas se rigen por el derecho del Estado en donde se pretendan hacer valer.

de alimentos , conf. art. 7]; sin perjuicio de ello esos extremos serán evaluados a la hora de determinar cuál de los derechos designados por los puntos de conflicto del primer párrafo del art. 2630 CCyCN favorecen al acreedor alimentario.

VI. CIDIP V. Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores

A) Jurisprudencia

Se reportó un caso en el que se hace referencia a este instrumento:

- Cámara 2^a Civil y Comercial, La Plata, Sala II, 03/03/2020, “*O. O. R. L. y otro/a s. abrigo*”. En el caso, dos niños se encontraban residiendo en Argentina, un niño desde hacía 6 años y una niña desde principios de 2019, aparentemente con el consentimiento de su progenitora quien los habría dejado al cuidado de otra persona. Esta situación llegó a conocimiento del Consulado del Paraguay a raíz que un grupo de vecinos del lugar donde se hallaban denunciaron (en forma anónima) que la niña había sido vendida, es por ello que dicho organismo radicó la correspondiente denuncia. Los niños fueron rescatados y llevados a un hogar. En el caso se consideró que la residencia de los niños en el país era ilegal y sospechada de trata de personas, por lo que “la posibilidad de residencia del niño aquí se encuentra viciada desde su inicio.” Se entendió que “Los hermanos en cambio de ser institucionalizados aquí lo serán en el legítimo lugar que tenían su centro de vida y que es lo que debió hacer la Sra. H. O. si no podía ejercer la responsabilidad parental. La justicia no puede convalidar un acto ilegal que extrajo a un niño de su centro de vida y lo retenga en otro país por imperio del eventual tiempo transcurrido.” En esta línea se aseveró que el juez competente de la localidad de donde eran los niños debía resolver sobre cómo continuará este proceso de abrigo, dado que fue el lugar de donde fueron apartados injustificadamente. Para así decidir se estimó que “La simple sustracción ilícita y el tráfico internacional de menores, pese a la diversidad conceptual comparten el mismo recurso jurídico que garantiza la protección del interés del niño, y esto se encuentra en la figura de la restitución. Es por ello que, tanto la Convención de la Haya de 1980, como la CIDIP V de 1994, han legislado sobre los procedimientos judiciales y administrativos minuciosamente”.

VII. Convenciones no vigentes

A) Jurisprudencia

Se reportaron dos casos en los que los tribunales han hecho referencia a algunas Convenciones interamericanas no vigentes para reforzar los fundamentos de las decisiones:

- Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, 27/10/2006, Sala III, “*Banco Europeo para América Latina c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/proceso de conocimiento*”.

- Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, 13/02/2009, Sala III, “*Transportes JAC de Andrés José Capararo c. YPF S.A.*”.

En el caso “*Banco Europeo para América Latina*”, la Sala III estimó que se trataba de un contrato interno, como consecuencia de que las partes habrían sugerido su internacionalidad; así, se analizó la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad en materia contractual en el derecho argentino y se mencionó el art. 7 de la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, destacándose que había sido redactada con la intervención y colaboración argentina.

En “*Transportes JAC*” también la Sala III señaló la inexistencia de tratados vigentes para la República Argentina relativos al derecho aplicable al transporte internacional, señalándose que la Convención interamericana de transporte internacional de mercaderías por carretera no había sido ratificada por nuestro país.

B) Incidencia de Convenciones no vigentes en el Código Civil y Comercial de la Nación

1) Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de cheques

En lo que se refiere a cheque, cabe destacar que la República Argentina no ha ratificado ninguna de las Convenciones interamericanas relativas a la materia pero el CCyCN ha abordado la cuestión en la Sección 14.

Pese a ello, se advierte que el art. 2662 del CCyCN, salvo algún matiz de redacción intrascendente (ley del domicilio del banco girado en vez de lugar en el que el cheque debe pagarse), reproduce el art. 7 del CIDIP II⁴², lo cual revela claramente su influencia.

2) Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores

⁴² El carácter de fuente de la Convención ha sido expresamente admitido. Ver M.E. UZAL (nota 1), p. 1206.

Si bien la Argentina no es parte en la Convención interamericana en materia de adopción internacional⁴³, y ha mantenido una posición sumamente reticente respecto de la adopción internacional de niños con domicilio en la Argentina, la legislación derogada y el nuevo CCyCN contienen previsiones para regular la inserción de adopciones otorgadas en el extranjero de modo de preservar el interés superior del niño. Asimismo, se contempla la posibilidad de convertir una adopción otorgada en el extranjero –que no equivalga en el tipo de emplazamiento- al tipo pleno que contempla la legislación nacional. Todo ello, en forma coherente con las obligaciones asumidas internacionalmente -especialmente en la Convención sobre los derechos del niño arts. 3, 7, 20, 21 inc. a)- y, asimismo, con la reserva efectuada al art. 21 inc. b), c), d) y e) de dicha Convención, art. 2 ley 23.849.

En el art. 2635 del CCyCN se regula la cuestión relativa a la jurisdicción y sigue para ello los parámetros de los arts. 15 y 16 de la Convención interamericana⁴⁴; aunque con algunas diferencias a destacar. En el CCyCN la jurisdicción para decidir el estado de adoptabilidad, la guarda previa y el otorgamiento de la adopción se establece de modo exclusivo respecto de jueces argentinos en los casos en que los niños se domicilian en la República, mientras que el art. 15 del instrumento internacional señala a tales fines a los jueces de la residencia habitual del adoptado. La razón de esta estrictez es el rechazo a la adopción internacional de niños oriundos de la Argentina en el extranjero.

En la segunda parte del art. 2635 se amplía el criterio y se abre la jurisdicción para la anulación o revocación de una adopción, concurrentemente, a los jueces del lugar de otorgamiento o los del domicilio del adoptado; se sigue el criterio del art. 16 del instrumento internacional aunque se opta por la conexión domiciliar⁴⁵ en lugar de la residencia habitual y no se efectúa el corte temporal “al momento del otorgamiento”, que es el criterio de la Convención interamericana. Entendemos que la omisión del legislador es voluntaria puesto que ello permitirá que el juez del actual

⁴³ Tampoco es parte en el Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 1993.

⁴⁴ Art. 2635. Jurisdicción. “En caso de niños con domicilio en la República, los jueces argentinos son exclusivamente competentes para la declaración en situación de adoptabilidad, la decisión de la guarda con fines de adopción y para el otorgamiento de una adopción.

Para la anulación o revocación de una adopción son competentes los jueces del lugar del otorgamiento o los del domicilio del adoptado”.

⁴⁵ Cabe atender a que el art. 2614 CCyC contiene una calificación autónoma o autárquica del domicilio de los menores de edad: “El domicilio de las personas menores de edad se encuentra en el país del domicilio de quienes ejercen la responsabilidad parental; si el ejercicio es plural y sus titulares se domicilian en estados diferentes, las personas menores de edad se consideran domiciliadas donde tienen su residencia habitual (...)”.

domicilio del adoptado resulte competente a tales fines, extremo que puede resultar provechoso siendo que, probablemente, sea el juez del lugar del centro de vida del niño el que detecte alguna ilicitud o mérito para anular o revocar la adopción.

En materia de derecho aplicable a la adopción internacional en el art. 2636 del CCyCN se establece que los requisitos y efectos de la adopción se rigen por el derecho del domicilio del adoptado al tiempo del otorgamiento de la adopción⁴⁶; así, se sigue la conexión domiciliar con un corte temporal determinado mientras que en el instrumento internacional el punto de conexión elegido en el art. 3 es la residencia habitual del adoptado y en el art. 4 la ley del domicilio del adoptante con la salvedad de que cuándo ésta última sea manifiestamente menos estrictos que los de la ley de la residencia habitual del adoptado regirá esta última⁴⁷. Sin perjuicio de esta diferencia de criterio, en la segunda parte del art. 2636 se determina que el derecho a aplicar para la anulación o revocación de la adopción será el derecho de su otorgamiento o el derecho del domicilio del adoptado. En parte esta elección resulta acorde a lo establecido en el art. 14 del instrumento internacional que establece que la anulación de la adopción se regirá por la ley de su otorgamiento, aunque la del CCyCN resulta más amplia porque recoge también el supuesto de la revocación y agrega como punto de conexión alternativo el derecho del domicilio del adoptado. Ambas conexiones resultan razonables: la primera puesto que la ley del lugar del otorgamiento fue la ley rectora del acto de constitución y, por lo tanto, será aplicable a la nulidad en todos sus aspectos; es decir, que la elección de este derecho redundará en beneficio de la validez del vínculo creado siempre que se hayan cumplido los recaudos de dicha ley y en la medida en que no haya mediado ilicitud alguna. La segunda, porque será el lugar donde resida el niño en donde pueda advertirse la ilicitud y, por lo tanto, reencauzar los derechos de aquél⁴⁸.

3) Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales

El art. 2651 del CCyCN, al referirse a las reglas sobre la autonomía de la voluntad, señala que los contratos se rigen por el derecho elegido por las

⁴⁶ Art. 2636. Derecho aplicable. “Los requisitos y efectos de la adopción se rigen por el derecho del domicilio del adoptado al tiempo de otorgarse la adopción. La anulación o revocación de la adopción se rige por el derecho de su otorgamiento o por el derecho del domicilio del adoptado”.

⁴⁷ El art. 3 rige la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como los procedimientos y formalidades extrínsecas; el art. 4 los requisitos para ser adoptantes.

⁴⁸ Ver N. RUBAJA en: Herrera, M. / Carmelo, G. / Picasso, S., *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentario*, disponible en www.infojus.com.

partes “en cuando a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones”. El nuevo Código establece de manera expresa el principio de la autonomía de la voluntad, tanto en lo atinente a las elección de foro (art. 2605)⁴⁹, como en relación al derecho aplicable a los contratos internacionales, receptando de esta forma la tradición jurídica sostenida siempre por la Argentina y las tendencias actuales del derecho comparado.

El art. 2651 incluye disposiciones tanto para los supuestos de elección del derecho de un Estado (autonomía conflictual), como para los casos en los cuales el ejercicio del poder de las partes contratantes se centra en reglas materiales (autonomía material).

En cuanto a la forma y oportunidad del acuerdo, la norma mencionada establece que la elección de derecho aplicable puede ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso; es decir que en caso de elección tácita se requiere la razonable certeza o “evidencia” de que tal elección es real, según las circunstancias del caso. Este criterio resulta coincidente con el art. 7 de la CIDIP V sobre ley aplicable a los contratos internacionales⁵⁰.

La disposición del primer párrafo *in fine* del art. 2651 del CCCN admite el *dépeçage* voluntario, total o parcial, ya sea en forma expresa o tácita, al señalar que la elección del derecho “puede referirse a la totalidad o a partes del contrato”; el *dépeçage*, también se encuentra consagrado en el art 7 de la CIDIP V.

Con respecto a la posibilidad de cambio de la elección del derecho aplicable, el art. 2651 dispone que el ejercicio de la autonomía de la voluntad está sujeto a ciertas reglas, las cuales se encarga de enumerar en varios incisos. Así: “a) En cualquier momento pueden convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía, ya sea por una elección anterior o por aplicación de otras disposiciones de este Código. Sin embargo, esa modificación no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de terceros”. Debe tenerse en cuenta que cualquiera sea la modalidad que se siga, el derecho elegido solamente rige las cuestiones señaladas en la primera parte de la norma, no abarcando temas tales como la capacidad de las partes o la forma, las cuales están sujetas a reglas específicas establecidas en el Código. Esta es coincidente con el criterio del art. 8 de la CIDIP V, aunque nótese que en el CCyC se deja a salvo que la modificación no puede afectar

⁴⁹ Art. 2605. Acuerdo de elección de foro. “En materia patrimonial e internacional, las partes están facultadas para prorrogar jurisdicción en jueces o árbitros fuera de la República, excepto que los jueces argentinos tengan jurisdicción exclusiva o que la prórroga esté prohibida por la ley”.

⁵⁰ También coincide con el art. 3 de la Convención de Roma de 1980, el art. 3.1) del Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) y el art. 7 de la Convención de La Haya de 1986 sobre derecho aplicable a las compraventas internacionales.

la “validez del contrato original”, mientras que en la CIDIP V se alude a la “validez formal del contrato original”. Tanto en el CCyC como en la CIDIP V se deja a salvo los “derechos de terceros”.

El inciso g) del art. 2651 del CCyC dispone que “la elección de un determinado foro nacional no supone la elección del derecho interno aplicable de ese país”, coincidiendo con la solución dada en el art. 7, 2do. párrafo de la CIDIP V.

El legislador argentino, al referirse a la determinación del derecho aplicable en defecto de elección por las partes opta, en el art. 2652⁵¹ del CCyC, por una norma de conflicto rígida en virtud de la cual la regla de base es la aplicación de la ley del lugar de cumplimiento del contrato y, para aquellos supuestos en que no fuere posible determinar dicho lugar, se prevé como regla subsidiaria la ley del lugar de celebración. Esta formulación rígida utilizada por el CCyC se aparta notablemente del criterio sentado en el art. 9 la CIDIP V que señala que, en caso de ausencia o ineficacia de la elección, el contrato se rige por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos.

El segundo párrafo del art. 2652 del CCyCN dispone que si el lugar de cumplimiento “no está designado, o no resultare de la naturaleza de la relación, se entiende que lugar de cumplimiento es el del domicilio actual del deudor de la prestación más característica del contrato”. Debe advertirse, en este sentido, que la CIDIP V elimina el criterio de la prestación característica, ya que en el segundo párrafo del art. 9 establece que “El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales”. Sin embargo, como lo señala Fernández Arroyo “la inclusión de la prestación característica no es el único desplante a la Convención interamericana”⁵².

En el campo de los contratos, el nuevo CCyCN establece una cláusula de excepción en el art. 2653, disponiendo que “excepcionalmente, a pedido

⁵¹ Art. 2652. “Determinación del derecho aplicable en defecto de elección. En defecto de elección por las partes del derecho aplicable, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento.

Si no está designado, o no resultare de la naturaleza de la relación, se entiende que lugar de cumplimiento es el del domicilio actual del deudor de la prestación más característica del contrato. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de celebración.

La perfección de los contratos entre ausentes se rige por la ley del lugar del cual partió la oferta aceptada”.

⁵² Ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Comentario al art. 2652” en: Rivera, J.C. / Medina, G. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 951. Ello por cuanto en defecto de elección por las partes en uso de su autonomía de la voluntad, el juez sólo puede aplicar las leyes y usos locales, ya sean las del lugar de cumplimiento o las del lugar de celebración.

de parte, y tomando en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprenden del contrato, el juez está facultado para disponer la aplicación del derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos. Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso”. Al comentar esta disposición, Fernández Arroyo ha señalado que “la utilización como fuente, en este caso, del segundo párrafo del art. 9 de la Convención de México de 1994, presenta aristas curiosas. Por un lado, se repite la frase poco feliz relativa a los elementos objetivos y subjetivos ‘que se desprenden’ del contrato. Por otro lado, lo que en la fuente no es más que la precisión de la regla de la aplicación del criterio de los vínculos más estrechos establecido en el primer párrafo del artículo, se transforma en el art. 2653 en una regla que pareciera dar por sentado que el Estado del lugar de cumplimiento no es, por definición, el que presenta los vínculos más estrechos con el contrato. Finalmente, (...) el legislador descartó deliberadamente la posibilidad de que el juez aplique o tome en cuenta los ‘principios generales del derecho comercial internacional aceptados por los organismos internacionales’, que es lo que dice la frase siguiente del segundo párrafo del art. 9 del texto interamericano”⁵³.

VI. Conclusiones

Puede advertirse del presente informe la importancia y la impronta de las CIDIPs en el ordenamiento jurídico argentino, tanto en la aplicación jurisprudencial como en la incidencia que han tenido en la nueva codificación a nivel nacional. En tal sentido, apreciamos un avance en ambas esferas puesto que se ha sacado provecho de las virtudes que ofrece la labor llevada a cabo a nivel regional en soluciones concretas y en las proyecciones para casos futuros.

Sin perjuicio de ello, consideramos necesaria y altamente positiva la difusión de estas fuentes entre operadores de la justicia (especialmente jueces, aunque también defensores, abogados, asesores, etc.), sobre todo atendiendo a la extensión de nuestro territorio y al amplio margen de competencias de los jueces del interior del país. Asimismo, se debería promover y concretar la capacitación y profundización sobre la interpretación, vigencia y operatividad de cada uno de los textos convencionales⁵⁴.

⁵³ Ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Comentario al art. 2653” (nota 52), p. 953.

⁵⁴ Las autoras desean reconocer la enorme valía del trabajo del Profesor argentino Julio C. Córdoba y de su sitio <https://www.diprargentina.com/>, donde se encuentran recopiladas la gran mayoría de sentencias de DIPr utilizadas para la elaboración del presente reporte (<https://fallos.diprargentina.com/>).

Convenções das CIDIPs nos tribunais superiores brasileiros: as populares, as conhecidas e as ignoradas

Daniela TREJOS VARGAS*

Sumário. I. As CIDIPs e o Brasil. II. Metodologia de pesquisa. Palavras-chave. III. Convenções CIDIP mencionadas em decisões do STJ e STF. 1. A “estrela da companhia”: a Convenção interamericana sobre cartas rogatórias. 2. Convenção sobre o regime legal das procurações para serem utilizadas no exterior. 3. Convenção interamericana sobre arbitragem, e Convenção interamericana sobre eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais estrangeiros. 4. Convenção interamericana sobre prova e informação acerca do direito estrangeiro. 5. Convenção interamericana sobre normas gerais de direito internacional privado. 6. Convenção interamericana sobre personalidade e capacidade de pessoas jurídicas no Direito internacional privado. 7. Convenção interamericana sobre contrato de transporte internacional de mercadorias por estradas de rodagem. 8. Convenção interamericana sobre tráfico de menores. 9. Convenção interamericana sobre restituição de menores. IV. As Convenções não utilizadas: motivos. V. Escolhendo o caminho: para onde vai a codificação interamericana.

I. As CIDIPs e o Brasil

Como resultado da retomada do processo de codificação do DIPr no continente americano, as sete conferências especializadas interamericanas (CIDIPs) aprovaram, entre 1975 e 2009⁵⁵, um total de 26 instrumentos⁵⁶, de naturezas diversas: tratados normativos, protocolos adicionais, uma lei-modelo e alguns documentos uniformes. O Brasil demorou a se inserir nesta segunda onda de codificação regional do DIPr, mas entre 1994 e 1998 houve um esforço concentrado de ratificação. Hoje o Brasil é parte de 14

* Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro/UERJ, professora de Direito Internacional Privado na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro/PUC-Rio.

⁵⁵ A CIDIP VII até o momento aprovou o Regulamento-Modelo para os registros previstos na Lei-Modelo de Garantias da CIDIP VI. Os demais temas da agenda da CIDIP VII ainda não foram esgotados.

⁵⁶ Informação disponível em:

https://www.oas.org/es/sla/ddi/derecho_internacional_privado.asp, último acesso 31/10/2016.

instrumentos interamericanos. Nos últimos anos, verifica-se que a agenda da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado tem merecido mais atenção da parte das autoridades brasileiras, embora o Brasil tenha tido um protagonismo na promoção do tema de proteção ao consumidor na CIDIP VII. Em 22 de Agosto de 2016, o Brasil informou à OEA que designara o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) como Autoridade Central para as Convenções interamericanas. O Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), por intermédio do citado DRCI, atua como Autoridade Central brasileira para a maioria dos tratados de cooperação jurídica.

Para os acadêmicos de Direito internacional privado, e para os alunos que cursam a disciplina todos os semestres em centenas de escolas de direito espalhadas pelo Brasil, a existência e a importância das Convenções das CIDIPs é incontestável, posto que guardam posição de destaque nas aulas, materiais de leitura e avaliações. A questão que se coloca é saber o quanto elas são conhecidas fora do meio acadêmico, e o quanto são utilizadas pelos advogados praticantes, invocadas em processos judiciais e mencionadas em decisões dos tribunais brasileiros.

Esta reflexão é importante pensando no futuro das codificações interamericanas, em termos do formato a ser utilizado nos futuros instrumentos - tratado normativo, lei-modelo, guia legislativa, princípios – posto que é sabido que não somente a negociação e redação do texto de um tratado, mas também sua incorporação ao ordenamento jurídico nacional é mais demorada e mais complexa do que instrumentos não-vinculantes.

Um dos meios pelo qual se avalia o fator de impacto de publicações acadêmicas é pela quantidade de citações feitas a um determinado autor ou a uma determinada obra em decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Nessa mesma linha, pretende-se neste trabalho avaliar o fator de impacto das convenções oriundas das CIDIPs, por meio da identificação das convenções que são mencionadas nas decisões desses dois tribunais.

O STJ desde 2005 é o tribunal superior brasileiro que decide sobre os pedidos de cooperação jurídica passiva, como competência originária. Como órgão revisor de decisões domésticas, cabe ao STJ o julgamento dos Recursos Especiais sobre decisões oriundas tanto da justiça federal quanto da justiça estadual. Assim, causas com elementos internacionais que justifiquem a invocação de um tratado internacional tanto chegam ao STJ por força de recursos contra decisões nacionais como por força de apreciação de cartas rogatórias e pedidos de homologação de sentenças estrangeiras. Por este motivo o STJ é um bom termômetro para avaliar a aplicação de tratados nas causas levadas a juízo no Brasil na última década. No período anterior à Emenda Constitucional 45 de 2004, cabia ao STF a análise das cartas

rogatórias e dos pedidos de homologação de sentenças estrangeiras, e por esse motivo o STF chegou a aplicar convenções das CIDIPs em casos que julgou.

II. Metodologia de pesquisa. Palavras-chave

A pesquisa partiu de algumas buscas com palavras-chave e combinação de termos de busca para identificar quantitativamente e depois qualitativamente os casos onde convenções interamericanas foram mencionadas nas decisões indexadas no repositório de jurisprudência da página eletrônica do STJ⁵⁷.

As primeiras palavras-chave utilizadas foram “convenção” e “interamericana” na seguinte combinação: “convenção adj1 interamericana”. Foram identificados 347 casos, sendo 33 acórdãos e 314 decisões monocráticas. Verificou-se que uma parte expressiva dos casos versava sobre o Pacto de San José, fugindo desta forma do escopo da análise sobre aplicação de convenções das CIDIPs. Uma busca visando quantificar os casos de direitos humanos, por meio das palavras-chave “convenção adj1 interamericana e direitos adj1 humanos” identificou 131 casos, sendo 21 acórdãos e 110 decisões monocráticas⁵⁸. Por fim, a terceira busca, usando os termos “convenção adj1 interamericana não direitos adj1 humanos”, em 2016, identificou 216 casos, sendo 12 acórdãos e 204 decisões monocráticas. A mesma pesquisa em 2024 trouxe 31 acórdãos e 426 decisões monocráticas. Uma busca usando “CIDIP” não trouxe nenhum resultado, mostrando que o STJ – diferentemente do que ocorre na doutrina jusprivatista - não identifica as convenções pela sigla que as identifica nas publicações acadêmicas e nos foros internacionais.

A partir dessa amostragem de casos, e sem a distinção entre Convenções CIDIP e não-CIDIP, foi feita uma leitura das ementas dos casos na base de dados eletrônica do STJ, de maneira a identificar as convenções ali mencionadas.

Na pesquisa, foi possível identificar 17 convenções interamericanas mencionadas em decisões do STJ, entre decisões colegiadas e decisões monocráticas. Destas, sete são convenções das CIDIPs.

A mesma pesquisa foi realizada em 2016 na página eletrônica do STF, (“convenção interamericana” não “direitos humanos”), e ao todo foram

⁵⁷ Pesquisa atualizada até 02 de setembro de 2024. Endereço da página <http://www.stj.jus.br/SCON/>.

⁵⁸ Uma curiosidade na pesquisa foi o fato de que o Pacto de San José, quando identificado como tal e não como Convenção Interamericana sobre direitos humanos, é citado em 892 decisões monocráticas e 85 acórdãos do STJ no período pesquisado.

identificados 13 acórdãos e 16 decisões monocráticas⁵⁹. Uma atualização desta pesquisa em 2024 identificou 23 acórdãos e 66 decisões monocráticas.

Verificou-se que o STJ tanto aplica convenções interamericanas antigas como aplica convenções mais recentes da OEA. Entre as convenções antigas, anteriores à Carta da OEA, temos a Convenção Interamericana sobre os direitos de autor em obras literárias, científicas e artísticas (B-28), de 1946.

As outras convenções não-CIDIP que foram aplicadas pelo STJ versam sobre proteção de direitos de grupos mais vulneráveis, cooperação jurídica em material penal e temas especialmente caros no continente latino-americano, como a prevenção e punição da tortura e políticas contra corrupção. São elas:

- Convenção interamericana para prevenir e punir a tortura (A-51), de 1985;
- Convenção interamericana sobre assistência mútua em matéria penal (A-55), de 1992;
- Convenção interamericana sobre o cumprimento de sentenças penais no exterior (A-57) de 1993;
- Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (A-61) – Convenção de Belém do Pará, de 1994;
- Convenção interamericana contra a corrupção (B-58), de 1996;
- Convenção interamericana contra a fabricação e o tráfico ilícito de armas de fogo, munições, explosivos e outros materiais correlatos (A-63), de 1997;
- Convenção interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência (A-65), de 1999.

Nos casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, alguns dos tratados acima mencionados se repetem, como é o caso das Convenções sobre violência contra a mulher (A-61), contra a corrupção (B-58), e pela eliminação da discriminação contra deficientes (A-65). Contudo, em razão da competência do STF para decidir sobre pedidos de extradição, algumas outras Convenções interamericanas não-CIDIP são trazidas nos julgados, a saber:

- Convenção para prevenir e sancionar atos de Terrorismo (A-49), de 1971;
- Convenção interamericana sobre extradição (B-47) de 1981;
- Convenção interamericana para prevenir e sancionar a tortura (A-51), de 1985;
- Convenção interamericana sobre assistência mútua em matéria penal (A-55), de 1992;
- Convenção sobre desaparecimento forçado de pessoas (A-60), de 1994.

Da análise das decisões remanescentes, verificou-se que nove convenções das CIDIPs são mencionadas⁶⁰ em decisões do STJ, com

⁵⁹ A página de busca do STF traz a ressalva de que as decisões monocráticas são selecionadas. Com isso, os números dos dois tribunais não são passíveis de uma comparação.

⁶⁰ A menção à Convenção nem sempre significa aplicação da mesma na resolução do caso. Por vezes é citada apenas a título exemplificativo, ou porque inserida dentro de uma referência jurisprudencial que está sendo usada como precedente.

concentração nas convenções das primeiras duas Conferências. O STJ fez referência a estas convenções:

- Da CIDIP-I (Panamá, 1975): Convenção interamericana sobre o regime legal das procurações para serem utilizadas no exterior, Convenção interamericana sobre arbitragem, e Convenção interamericana sobre cartas rogatórias;

- Da CIDIP-II (Panamá, 1979): Convenção interamericana sobre normas gerais de Direito internacional privado, Convenção interamericana sobre prova e informação acerca do direito estrangeiro, Convenção interamericana sobre eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais estrangeiros, e o Protocolo adicional à Convenção interamericana sobre cartas rogatórias.

- Da CIDIP-III (La Paz, 1984): Convenção interamericana sobre personalidade e capacidade jurídicas de pessoas jurídicas no Direito internacional privado.

- Da CIDIP-IV (Montevideu, 1989): Convenção interamericana sobre restituição de menores, e Convenção interamericana sobre contrato de transporte internacional de mercadorias por estradas de rodagem.

Nas decisões do STF verifica-se a utilização da Convenção interamericana sobre cargas rogatórias, do Protocolo Adicional à referida Convenção, da Convenção sobre tráfico internacional de menores da CIDIP V em um caso de prisão preventiva (HC 811.158)⁶¹, e da Convenção interamericana de arbitragem de 1975 (na SE 5206). No julgamento de Habeas Corpus 82396⁶² a Convenção interamericana sobre prova e informação acerca do direito estrangeiro é mencionada no relatório do Ministro Maurício Correa por ter sido invocada pela defesa, mas não foi objeto de análise pelo STF⁶³.

Passaremos a analisar as convenções pela ordem decrescente da sua utilização nas decisões encontradas.

III. Convenções CIDIP mencionadas em decisões do STJ e STF

1. A “estrela da companhia”: a Convenção interamericana sobre cartas rogatórias

⁶¹ HC 81158, Relator Min. Ilmar Galvão, j. 14/05/2002

⁶² Agravo Regimental em HC 82.396, interposto contra o relator das extradições requeridas pelos Estados Unidos Mexicanos, Agravante Glória de Los Angeles Treviño Ruiz, Tribunal Pleno, j.12/02/2003.

⁶³ O texto integral das decisões pode ser consultado no portal do Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br), buscando em Jurisprudencia e escolhendo no menu a opção “Inteiro Teor”. A busca é feita pelo número da decisão. Os casos mais antigos estão digitalizados, em formato .pdf.

Entre as Convenções das CIDIPs, a Convenção interamericana sobre cartas rogatórias (B-36), de 1975, é, sem sombra de dúvida, a mais aplicada pelos tribunais brasileiros. O STF citou a Convenção interamericana sobre cartas rogatórias em 3 acórdãos e 23 decisões monocráticas. O STJ, por sua vez, menciona a Convenção interamericana – isoladamente ou juntamente com o Protocolo adicional à citada convenção - em 15 acórdãos e 187 decisões monocráticas⁶⁴ desde que assumiu em 2005 o controle concentrado de admissibilidade das cartas rogatórias passivas e também a análise da regularidade da citação nos pedidos de homologação de sentenças estrangeiras.

Existe um motivo concreto para essa utilização intensiva da Convenção interamericana no Brasil: até 2019 o Brasil não era parte⁶⁵ da Convenção da Haia sobre citação (Convenção relativa à citação, intimação e notificação no estrangeiro de documentos judiciais e extrajudiciais em matéria civil e comercial), de 1965. Por isso, foi a Convenção interamericana e não a Convenção da Haia o veículo escolhido para a tramitação de pedidos de cooperação jurídica entre Brasil e Estados Unidos, e essa escolha perdura a despeito de ser possível também usar a Convenção da Haia.

Alguns pontos costumam justificar a invocação da Convenção interamericana nas decisões: questionamentos sobre os documentos que acompanham o pedido de cooperação, sobre a autenticidade desses documentos, sobre a necessidade ou não de traduções e legalizações, e sobre a concessão do benefício da justiça gratuita.

Um caso importante foi a ação de indenização movida por investidores nos Estados Unidos contra a Odebrecht S/A, empresa com sede no Brasil, em virtude da desvalorização de papéis negociados no mercado norteamericano. A parte interessada apresentou impugnação, que não foi acolhida, alegando que o pedido não estaria adequadamente instruído: “não há a cópia integral da inicial, nem os documentos anexos a ela, em confronto com o disposto no art. 260 do novo Código de Processo Civil, no art. 8 da Convenção interamericana para o cumprimento de cartas rogatórias e no art. 3 do Protocolo anexo à referida convenção”⁶⁶.

Na Carta Rogatória 4.104, o pedido de citação foi impugnado porque o pedido não estava acompanhado dos documentos essenciais, conforme

⁶⁴ Das 187 decisões monocráticas identificadas, 66 eram cartas rogatórias provenientes dos Estados Unidos da América para citar a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO em ação proposta na justiça do Estado da Florida por vítimas do acidente aéreo do voo TAM 3054 ocorrido em 17 de julho de 2007 no aeroporto de Congonhas, São Paulo. Ver, por todas, a Carta Rogatória 4.014, Relator Min. Cesar Asfor Rocha, pub. DJ 17/05/2010.

⁶⁵ A Convenção foi promulgada pelo Decreto 9.734 de 20 de março de 2019 e entrou em vigor em junho de 2019.

⁶⁶ STJ – CR 10.699, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 07/07/2016. Justiça Rogante: Corte Distrital dos Estados Unidos-Distrito Sul de Nova York.

previsto no art. 8, alínea "a" da Convenção interamericana sobre cartas rogatórias.

O encaminhamento via Autoridades Centrais previsto na Convenção interamericana confere autenticidade aos documentos e dispensa a tradução juramentada, como bem disse o STJ ao apreciar a CR 2496:

“[...] no que tange à alegada necessidade de tradução juramentada e de autenticação dos documentos desta comissão pelo Juízo de Nova Iorque, o pedido rogatório foi encaminhado a esta Corte via autoridade central (ofício do Ministério da Justiça à fl. 2), o que lhe confere a necessária legalidade e autenticidade, segundo os arts. 5 e 6 da Convenção interamericana sobre cartas rogatórias - Decreto n. 1.899/1996”.

Na Carta Rogatória 3.560, de Relatoria do Ministro Cesar Asfor Rocha, o Agravo Regimental, que apontava para uma irregularidade formal da carta rogatória, foi considerado improcedente, posto que do pedido constavam as peças essenciais previstas no artigo 3o. do Protocolo adicional à Convenção interamericana sobre cartas rogatórias.

Na Carta Rogatória 10.405, proveniente do Peru, em uma ação de revisão de alimentos, o relatório menciona que o pedido de solicitação de informações sobre os rendimentos da do devedor domiciliado no Brasil estava baseado na “Convenção interamericana sobre cartas rogatórias, de 30 de janeiro de 1975, promulgada pelo Decreto nº 1899, de 9 de maio de 1996, e em seu Protocolo adicional, promulgado pelo Decreto nº 2022, de 7 de outubro de 1996”⁶⁷.

No Habeas Corpus 37.690/SP, julgado em 2005, a convenção da CIDIP vem suprir uma lacuna na legislação brasileira, posto que não existe previsão no Código de Processo Penal a respeito do custeio da carta rogatória. O STJ aplicou o artigo 12 da convenção para resolver a quem cabe fazer o pagamento das custas referentes às providências solicitadas:

“1. À minguia de disposição expressa no Cód. de Pr. Penal, o custeio das cartas rogatórias deve ser regulado pelo governo do país destinatário, conforme a parte final do art. 12 da Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, promulgada pelo Decreto nº 1.899/96.

2. De acordo com o art. 10 da Portaria nº 26/90 do Ministério das Relações Exteriores, para o cumprimento de carta rogatória, os Estados Unidos da América exigem, entre outras providências, o recolhimento prévio das despesas, estando vedada a gratuidade.

3. A embaixada brasileira somente está autorizada a fazer, de antemão, o pagamento quando as diligências forem requeridas pelo Ministério Público.

4. Na espécie, a expedição da carta rogatória decorre do pedido da defesa – não beneficiada pela justiça gratuita – para a oitiva de testemunhas

⁶⁷ Ministro Francisco Falcão, pub. 05/05/2016

residentes fora do país; indispensável, portanto, o recolhimento das custas exigidas.

5. Ordem denegada⁶⁸.

Ainda sobre os documentos exigidos para tramitação da rogatória, na Carta Rogatória 9.832 o STJ afirma que os documentos necessários à tramitação são os previstos no artigo 8º. alínea “a” da Convenção, e por isso outros documentos não podem ser exigidos: “A Convenção interamericana sobre cartas rogatórias não prevê a obrigatoriedade de que a Justiça rogante remeta instrumentos de mandato”⁶⁹.

Na mesma linha, a decisão no Agravo Regimental na Carta Rogatória 1.589 proveniente dos Estados Unidos:

“- Encaminhado o pedido rogatório via autoridade central, estão satisfeitos os requisitos da legalidade e autenticidade, nos termos dos arts. 5 e 6 da Convenção interamericana sobre cartas rogatórias – Decreto n. 1.899/1996.

- Não se exige, tanto na legislação brasileira quanto na americana, que o ato citatório venha acompanhado de todos os documentos mencionados na petição inicial. Não há falar, desse modo, em violação dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

- A simples citação, por si só, não implica afronta à ordem pública ou à soberania nacional e destina-se, apenas, a dar conhecimento da ação em curso, permitindo a defesa da interessada”⁷⁰.

Alguns dos precedentes acima referidos acabam sendo citados em casos estranhos ao sistema interamericano, como ocorreu na Carta Rogatória 9.136 proveniente do Japão⁷¹. Entre os precedentes usados em apoio à decisão pela concessão do *exequatur* estão as Cartas Rogatórias 4.976 e 3.560, anteriormente referidas. Foi também citado um precedente envolvendo o Protocolo de Las Leñas (AgRg nos EDcl na CR 398) para entender pela desnecessidade da tradução pública juramentada em razão da tramitação via Autoridade Central, no caso o Ministério da Justiça. Na Carta Rogatória 17975, proveniente da Espanha, o interessado requereu, e obteve, a concessão dos benefícios da justiça gratuita “assegurados pela Constituição Federal, art. 5º, LXXIV, arts. 98 e seguintes do CPC, art. 12 da Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, de 30 de janeiro de 1975, Decreto n. 1.899, de 9 de maio de 1996”⁷².

⁶⁸ STJ - HC 37.690/SP, Rel. Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 30/06/2005.

⁶⁹ STJ - EDcl no AgRg na CR 9.832/EX, Rel. Ministro Francisco Falcão, Corte Especial, julgado em 17.08.2016.

⁷⁰ AgRg na CR 1.589/US, Rel. Ministro Barros Monteiro, Corte Especial, j. 16/05/2007

⁷¹ STJ - CR 9.136, Rel. Ministro Felix Fischer, j. 09/06/2014

⁷² CR 17.975, Relatora Min. Maria Thereza Moura, j. 13/03/2023

Na Carta Rogatória 20844, proveniente do México⁷³, o artigo 4º da Convenção Interamericana foi invocado para confirmar a possibilidade da transmissão da carta rogatória pelas próprias partes interessadas, como alternativa à transmissão pela Autoridade Central.

Também tem sido citado o artigo 9º da Convenção em decisões de cartas rogatórias para ressaltar que “o cumprimento de cartas rogatórias não implicará em caráter definitivo o reconhecimento de competência da autoridade judiciária requerente nem o compromisso de reconhecer a validade ou de proceder à execução da sentença que por ela venha a ser proferida”⁷⁴.

Nos Embargos de Declaração no REsp 2120724⁷⁵, ao confirmar a regularidade da colheita de provas testemunhais nos Estados Unidos em um caso criminal, o STJ invoca o artigo 10 da Convenção Interamericana para pontuar que a legislação do Estado requerido será observada no cumprimento dos pedidos.

O STF também aplicou a Convenção sobre cartas rogatórias e o seu Protocolo facultativo durante o período em que lhe cabia o processamento das cartas rogatórias passivas. Na CR 10.292⁷⁶, em sede de Agravo Regimental, o STF considerou que o artigo 57 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal estava superado pelo artigo 12 da Convenção, e que poderia ser dado seguimento à tramitação da carta rogatória proveniente dos Estados Unidos mesmo sem indicação do responsável pelas custas.

O STF, mesmo não tendo mais competência para a apreciação de cartas rogatórias passivas, continua se deparando com casos onde precisa invocar a Convenção interamericana sobre cartas rogatórias e o seu Protocolo Adicional para apreciar questões referentes a cartas rogatórias ativas.

No HC 85653⁷⁷, em controvérsia envolvendo a expedição de carta rogatória para oitiva de testemunha nos Estados Unidos, o STF confirmou a impossibilidade de concessão de gratuidade para liberar de custas a expedição da carta rogatória ativa e denegou o Habeas Corpus.

No Agravo em Recurso Extraordinário 653547⁷⁸, a Ministra Carmen Lúcia indeferiu o recurso por entender que a carta rogatória recebida dos Estados Unidos atendia aos requisitos formais previstos no artigo 3 do Protocolo Adicional à Convenção sobre cartas rogatórias.

O grande número de casos envolvendo a Convenção interamericana sobre cartas rogatórias decorre de um dos requisitos previstos na legislação

73 CR 20844, Relator Min. Herman Benjamin, j. 29/08/2024

74 AgInt na CR 11219 e AgInt nos EDcl na CR 14431, relator Min. João Noronha, j. 22/10/2019 e 13/11/2018

75 Julgado em 20/08/2024, Min. Convocado Otávio de Almeida Toledo.

76 STF – AgRg na CR 10.292, Rel. Ministro Presidente, j. 29/05/2003.

77 HC 85.653 j. 05/08/2008.

78 ARE 653547, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 25/10/2011.

brasileira para homologação de decisões estrangeiras: a comprovação da regular citação. A Convenção acaba por servir como um exemplo de como fazer a tramitação regular da citação no curso do processo no exterior, sempre que uma das partes seja domiciliada no Brasil, e evita defeitos formais que podem resultar no indeferimento da homologação da sentença proferida no exterior⁷⁹.

A despeito do uso intensivo da Convenção, ainda chegam ao STJ pedidos provenientes dos Estados Unidos em que a citação não se deu por carta rogatória, pela via da Convenção interamericana. A exigência de citação pela via formal da carta rogatória, com bem observado pelo Ministro Salomão na Sentença Estrangeira Contestada 13.223 proveniente do Estado de Nevada⁸⁰, é uma construção jurisprudencial iniciada pelo STF e mantida pelo STJ, não decorrendo, portanto, de previsão normativa expressa. Na HDE 8123, um pedido de homologação de sentença proveniente dos Estados Unidos, o STJ reiterou essa exigência da formalização da citação por carta rogatória⁸¹ como regra para citar pessoas domiciliadas no Brasil, mas também admitindo sua flexibilização em casos excepcionais “quando verificado que a finalidade da norma foi atendida: assegurar o devido processo legal, garantindo o contraditório e a possibilidade de o demandado exercer seu direito de defesa”.

2. Convenção sobre o regime legal das procurações para serem utilizadas no exterior

O único caso encontrado a respeito desta Convenção diz respeito a uma compra e venda de imóvel situado no Rio de Janeiro. O Consulado do Panamá teria comprado de um cidadão paraguaio o imóvel que vinha ocupando como locatário, por meio de escritura pública lavrada no Panamá. O proprietário vendedor do imóvel teria sido representado por um procurador, e um dos pontos levantados pela defesa do proprietário para impugnar a transferência de propriedade dizia respeito justamente à validade da procuração outorgada ao mandatário que assinou a escritura, que alegadamente não estaria em conformidade com a Convenção

⁷⁹ Veja-se a decisão na SEC 13.332, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Corte Especial, j. 04/05/2016: “Caso em que a requerida era e é domiciliada no Brasil. Situação na qual a validade de sua citação para responder ao processo no estrangeiro há de ser verificada de acordo com o sistema jurídico brasileiro, segundo o qual a citação por edital apenas é válida após tentada a citação por meio de Carta Rogatória. Não havendo sido tentada sua citação por Carta Rogatória, mas apenas por carta simples remetida pelo correio, inviável a homologação da sentença estrangeira. Precedentes. Homologação indeferida”.

⁸⁰ SEC 13.223 Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 07/10/2016.

⁸¹ HDE n. 8.123, Min. Herman Benjamin, j. 28/08/2023

interamericana sobre o regime legal das procurações para serem utilizadas no exterior. O STJ, ao apreciar Recurso Especial contra a decisão que concedeu a adjudicação compulsória em favor da República do Panamá, confirmou a regularidade da venda do imóvel realizado no Panamá⁸².

3. Convenção interamericana sobre arbitragem, e Convenção interamericana sobre eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais estrangeiros

Estes dois instrumentos interamericanos tiveram grande importância quando foram ratificados, porque – ainda que de cunho regional – sinalizaram a necessidade e viabilidade de ratificar a Convenção de Nova York de 1958, o que veio a ocorrer em 2002.

O STF não chegou a apreciar nenhum caso onde as Convenções interamericanas sobre arbitragem tivessem sido diretamente utilizadas ou invocadas. Já o STJ teve oportunidade de aplicar algumas vezes a Convenção interamericana.

Na Medida Cautelar 17.607, a controvérsia dizia respeito à nacionalidade de um laudo arbitral proferido em território brasileiro. A relatora, Ministra Nancy Andrighi observou que o critério do art. 34 da Lei de Arbitragem brasileira “é o mesmo encampado pelo art. 1º da Convenção de Nova Iorque (1958) e pela Convenção interamericana sobre eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais estrangeiras, concluída em Montevideú (1979), ambas promulgadas pelo Brasil, respectivamente através dos Dec. nºs 4.311/02 e 2.411/97. Assim, o fato de o termo de arbitragem ter sido lavrado em Paris, na CCI – Câmara de Comércio Internacional, não tem o condão de alterar a nacionalidade dessa sentença, que permanece brasileira, até porque prolatada por árbitro brasileiro, em português e com base na legislação pátria”⁸³.

Na Carta Rogatória 2.390 proveniente dos Estados Unidos, a empresa brasileira foi intimada a se manifestar a respeito do pedido de citação, tendo apresentado impugnação à concessão do exequatur. Um dos argumentos trazidos era argumentou que o ajuizamento de ação nos Estados Unidos infringe a Convenção interamericana sobre Arbitragem. O STJ entendeu que esse argumento era uma questão de mérito, que deveria ser apresentada ao juízo no exterior, não cabendo essa defesa dentro do limite estreito do juízo de delibação⁸⁴.

⁸² Embargos de declaração no Agravo Interno, REsp 1.537.919, j. 21/09/2018

⁸³ MC 17.607, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03/02/2011. Requerente: Nuovo Pignone SPA. Requeridos: Marítima Petróleo e Engenharia Ltda, Petromec Inc.

⁸⁴ STJ – CR 2.390, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 21/06/2007.

Na SEC 5782, foi apresentada impugnação ao pedido de homologação de um laudo arbitral. A Convenção interamericana de 1975 foi invocada como parte da legislação aplicável ao caso, em especial o seu artigo 5 a respeito das justificativas para não reconhecimento de um laudo arbitral. No caso concreto, houve a impugnação do pedido de homologação de laudo arbitral proferido na Argentina porque o mesmo havia sido anulado judicialmente pelo Poder Judiciário argentino⁸⁵.

4. Convenção interamericana sobre prova e informação acerca do direito estrangeiro

Na Carta Rogatória 911⁸⁶, proveniente do Uruguai, o Juiz de Direito da 1ª Instancia do Chuí invocou a Convenção interamericana, pedindo que lhe fosse remetida cópia autenticada de dispositivo do Código Penal brasileiro. O pedido não enseja juízo de delibação, conforme bem observou o Ministério Público. Tratando-se de um caso de 2005, o Brasil não havia ainda indicado Autoridade Central para esta Convenção, pelo que o pedido foi deferido e encaminhado ao solicitante pela via diplomática. Pedidos similares a esse costumam chegar com frequência ao STJ, mas quando oriundos de países do Mercosul o mais usual é que seja utilizado o Protocolo de Las Leñas.

No Agravo em Recurso Especial 189.9923, de 2021, a Convenção foi mencionada para amparar um pedido de expedição de carta rogatória ativa, mas não se estava a discutir especificamente a questão de provas.

5. Convenção interamericana sobre normas gerais de Direito internacional privado

Somente foi localizada uma decisão que invoca esta Convenção. Em um caso originário do Rio de Janeiro, envolvendo uma empresa estrangeira, os advogados invocaram o artigo 2º. da Convenção interamericana sobre normas gerais de Direito internacional privado em pedido de admissibilidade de Recurso Especial, por considerar que o juiz de origem deixou de aplicar o direito estrangeiro. Nas razões do Recurso Especial, considera terem sido violados não apenas a LICC (hoje LINDB) mas também “os artigos 408, 409 e 410 do Código de Bustamante e 2º da Convenção interamericana sobre normas gerais de Direito internacional privado”⁸⁷, promulgada internamente pelo Decreto 1.979 de 09 de agosto de 1996.

⁸⁵ STJ – SEC 5.728, Rel. Min. Jorge Mussi, Corte Especial, j. 02/12/2015.

⁸⁶ STJ – CR 911, decisão monocrática Min. Edson Vidigal, j. 29/09/2005.

⁸⁷ AgRg no Agravo de Instrumento 1.337.002, Relator Min. Antonio Carlos Ferreira, j.01/08/2014. Agravante: Elliott Turbomachinery Co. Inc.

A robusta argumentação do advogado fez com que o Ministro Antonio Carlos Ferreira reconsiderasse a decisão anterior e desse provimento ao agravo de instrumento, para determinar o seguimento do Recurso Especial.

6. Convenção interamericana sobre personalidade e capacidade de pessoas jurídicas no Direito internacional privado

Em 2018, chegaram ao STJ dois Recursos Especiais⁸⁸ relativos a controvérsias no âmbito de fixação de tarifas de serviços em portos brasileiros. Em ambos, a discussão dizia respeito à regularidade de pessoas jurídicas de direito privado estrangeiras, não autorizadas a funcionar no país, serem associadas a uma entidade brasileira de representação de classe e se fazerem representar em juízo por essa mesma associação. O artigo 2º desta Convenção Interamericana foi citado, mas não foi relevante para a decisão final.

7. Convenção interamericana sobre contrato de transporte internacional de mercadorias por estradas de rodagem

Apesar do Brasil não ser parte desta Convenção da CIDIP, o STJ analisou um caso⁸⁹ onde a mesma foi invocada. Tratava-se de uma execução por título executivo extrajudicial, emitido na Argentina nos termos da legislação argentina, mas tendo como local de pagamento o Brasil. O Ministro Luis Felipe Salomão entendeu estar justificada a execução, fundada em “conhecimento de transporte como título de crédito e executivo na Argentina, regularmente baseado em fatura mercantil, com força executiva no Brasil, como título extrajudicial estrangeiro, nos termos do § 2 do artigo 585 do Código de Processo Civil [de 1973]”. A decisão cita como legislação aplicável aos títulos emitidos na Argentina, além da legislação processual e comercial argentina, dois instrumentos internacionais: a Convenção interamericana e o Acordo sobre transporte internacional terrestre, entre o Brasil, Argentina, Bolívia, Chile, Paraguai, Peru e Uruguai. Como a Argentina tampouco ratificou a citada Convenção interamericana da CIDIP IV, não caberia mencioná-la como fonte normativa neste caso.

8. Convenção sobre tráfico internacional de menores

⁸⁸ REsp n. 1.674.056, Ministra Assusete Magalhães, DJe de 01/08/2018

⁸⁹ STJ - Agravo de Instrumento 682.902-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 03/03/2009.

Agravante: Estabelecimento Vinícola Armando Peterlongo S/A. Agravado: Cattorini Hermanos e Sociedade Anonima Industrial Comercial Financeira e Imobiliária.

Esta Convenção aparece uma única vez, em um Habeas Corpus julgado pelo Supremo Tribunal Federal⁹⁰, envolvendo o pedido de prisão preventiva de um representante consular acusado de envolvimento sexual com uma menor de idade. No seu voto-vista, discordando da concessão parcial do Habeas Corpus, a Ministra Ellen Gracie, também relatora do caso, observa que a criança e o adolescente são objeto de proteção especial no Brasil e no plano internacional. Como exemplo dessa preocupação e proteção, menciona diversos instrumentos internacionais: a Declaração Universal dos Direitos da Criança, a Convenção da ONU dos Direitos da Criança, e também a Convenção interamericana sobre Tráfico Internacional de Crianças, embora o caso que estava sendo julgado não fosse de tráfico de menores.

9. Convenção interamericana sobre restituição de menores

Apesar da importância do tema e da Convenção ter entrado em vigor para o Brasil em 1994, nenhum caso que tenha chegado ao Brasil pela via da Convenção interamericana veio a ser analisado pelo STF ou pelo STJ. Em 2002 o Brasil ratificou a Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de menores. Desde então, os casos de restituição de menores, com ou sem interferência da Autoridade Central brasileira, observam o previsto na Convenção da Haia. Em decisão de 2013 no Recurso Especial 1.367.153, o relatório do Ministro Humberto Martins menciona a Convenção interamericana sobre restituição de menores como parte de um conjunto de iniciativas internacionais para tutelar o princípio do melhor interesse da criança. No entanto, da leitura do caso verifica-se que a tramitação do pedido foi feita nos termos da Convenção da Haia de 1980.

IV. As Convenções não utilizadas: motivos

Chama atenção a Convenção interamericana sobre obrigação alimentar e a Convenção interamericana de adoção não serem mencionadas em nenhum caso levado aos tribunais superiores brasileiros, até porque são muitos os casos de pedidos de alimentos que chegam por via de cartas rogatórias. Creditamos essa falta de utilização a dois motivos: a existência de Convenções de cunho universal para as duas matérias, gerando uma redundância de convenções, e ao fato da Convenção de Nova York de alimentos⁹¹ ser anterior à interamericana e prever o auxílio direto, o que

⁹⁰ STF - HC 81.158, relatora para o acórdão Min. Ellen Gracie, j. 14/05/2002.

⁹¹ Convenção de Nova York Sobre prestação de alimentos no estrangeiro promulgada pelo Decreto 56.826/1965.

simplicava e reduzia o custo dos pedidos a serem feitos em nome do alimentando.

No caso da Sentença Estrangeira Contestada 10.380, dos Estados Unidos, a Procuradoria-Geral da República atuou na qualidade de Instituição Intermediária para reconhecer a decisão proferida no estrangeiro, nos termos do artigo 2º da Convenção de Nova York⁹².

Em 2017 o Brasil ratificou a Convenção da Haia sobre a cobrança internacional de alimentos, de 2007, passando este a ser o instrumento de cooperação preferencial para os pedidos de alimentos. Além dos pedidos de cooperação jurídica via Autoridade Central, a Convenção da Haia tem sido invocada em pedidos de homologação de decisões estrangeiras de alimentos desde 2020⁹³. Há também pedidos de alimentos que chegam ao Brasil e são cumpridos sem necessidade de invocar instrumentos internacionais como fundamento normativo na decisão. A título de exemplo, podemos citar a Carta Rogatória 5820. O juiz uruguaio da 24ª Vara de Família solicita a intimação da empresa para que desconte diretamente da remuneração do seu funcionário o valor devido a título de pensão alimentícia para a filha que permanece no Uruguai.⁹⁴ O Ministro Ari Pargendler aplicou ao caso precedentes de outras Cartas Rogatórias (a CR 4463) para considerar atendidas as condições estabelecidas no Protocolo de Las Leñas e concedeu o exequatur, em decisão monocrática.

No tocante à adoção, o Brasil ratificou a Convenção da Haia de Adoção de 1993 e as adoções internacionais dentro do sistema unificado de adoções existente no Brasil são circunscritas aos países que ratificaram essa Convenção.

A tendência de priorizar o uso das convenções universais em detrimento das de regionais deve permanecer. Se na área de direito internacional de família o uso das Convenções interamericanas é pequeno, o desuso das Convenções em matéria comercial é maior ainda. Somente uma das convenções foi citada, em dois casos isolados, julgados pelo STJ em 2018.

O problema das convenções sobre títulos de crédito já havia aparecido no processo de ratificação da Convenção sobre conflitos de leis em matéria de letra de Cambio, Notas Promissórias e Faturas, cuja ratificação foi rejeitada pelo Congresso Nacional em 1995, não chegando assim a concluir-se o processo de ratificação. Com relação à Convenção sobre Conflitos de Leis em Matéria de Cheques, temos a mesma situação já vista com relação à convenção de alimentos: redundância e existência de um instrumento universal anterior e já incorporado ao ordenamento jurídico. Nesta seara, como o Brasil incorporou ao seu ordenamento jurídico as leis-modelo de

⁹² STJ - SEC 10.380, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Corte Especial, j. 18/03/2015.

⁹³ Veja-se as HDE 3051, 5294, 5084, 5597, 7223, 8011 (monocráticas) e o acórdão na HDE 2901 (2024)

⁹⁴ STJ- CR 5.820, Min. Ari Pargendler (decisão monocrática), j. 09/09/2011

Genebra sobre títulos de crédito e sobre cheques, pouca controvérsia existe a respeito dos requisitos de validade dos títulos de crédito. Com relação aos cheques, as novas tecnologias trouxeram outras formas de realizar a transmissão interbancária de valores com mais rapidez e segurança do que um cheque físico, cujo pagamento em país estrangeiro depende de fatores que extrapolam as regras de DIPr⁹⁵.

No tocante à Convenção sobre conflitos de leis em matéria de sociedades mercantis, sua falta de uso é uma demonstração da ausência de controvérsia a respeito dessa matéria no Brasil, estando a Convenção perfeitamente alinhada com a regra de conflito brasileira prevista no artigo 11 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB.

Algumas Convenções interamericanas que o Brasil não assinou possivelmente já se encontrem superadas. Um exemplo é a Convenção interamericana sobre cumprimento de medidas cautelares (Montevideu, 1979). Na época da conclusão da Convenção, o STF não concedia *exequatur* para cumprimento de medidas cautelares, porque as cartas rogatórias se restringiam a atos de natureza instrutória e não constritiva. Esta situação começou a se modificar a partir da entrada em vigor do Protocolo de medidas cautelares do Mercosul. O STF passou então a ter que admitir medidas cautelares quando solicitadas com base no tratado do Mercosul⁹⁶. O STJ, ao assumir a competência para decidir os pedidos de cooperação, por meio da Resolução no. 9, estendeu a admissibilidade do *exequatur* em cartas rogatórias de natureza executória mesmo sem amparo normativo em tratado. A atualização do Regimento Interno do STJ incorporou as inovações em sede de cooperação jurídica que já estavam na Resolução n.9. No artigo 216-O, ficou estabelecida a possibilidade de concessão de *exequatur* em cartas rogatórias que tiverem por objeto atos decisórios. Por fim, o Código de Processo Civil brasileiro de 2015, que entrou em vigor em março de 2016, ao tratar de cooperação jurídica internacional no seu artigo 27, IV⁹⁷ menciona de forma expressa as medidas judiciais de urgência.

⁹⁵ No Brasil, a regulamentação sobre funcionamento dos Bancos não permite que se tenha depósitos em moeda estrangeira. Por esse motivo, não é permitido o depósito de cheques emitidos em moeda estrangeira em contas-correntes no Brasil.

⁹⁶ Um exemplo foi a Carta Rogatória 8.279, Relator Min. Celso de Mello, julgada em 04/05/1998. O relatório historia todos os precedentes do STF a respeito das cartas rogatórias de natureza executória, e conclui pela não-concessão do *exequatur* ao pedido proveniente da Argentina, para arrear navio no porto de São Luis, j. 04/05/1998, Rel. Min Celso de Mello.

⁹⁷ Art. 27. A cooperação jurídica internacional terá por objeto: I - citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial; II - colheita de provas e obtenção de informações; III - homologação e cumprimento de decisão; IV - concessão de medida judicial de urgência; V - assistência jurídica internacional; VI - qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira.

Não é possível abordar o tema das CIDIPs sem falar na Convenção do México sobre a lei aplicável aos contratos internacionais, de 1994. Apesar de todas as evoluções vistas na legislação brasileira nos últimos 40 anos, desde a primeira CIDIP, um tópico teima em não evoluir: a autonomia da vontade na escolha da lei aplicável aos contratos. A autonomia da vontade foi consagrada no artigo 2º da Lei de Arbitragem brasileira, de 1996. No entanto, essa evolução convive com uma regra de conexão para os contratos que data de 1942. O Código Civil brasileiro de 2002 continua a conviver com a mesma Lei de Introdução que acompanhava o Código Civil de 1916. A alteração feita foi eminentemente cosmética, porque a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro manteve intacta a redação do artigo 9º, com sua regra de conexão baseada no local de constituição das obrigações. Até o momento as circunstâncias não se mostraram favoráveis para o envio da Convenção do México ao Congresso Nacional para ratificação.

Por fim, uma palavra a respeito da Lei-Modelo sobre garantias mobiliárias da CIDIP V. Alguns casos recentes mostram a utilidade de um registro internacional de garantias para permitir a execução transnacional de garantias, aumentando a segurança jurídica das operações e protegendo a posição dos investidores.

V. Escolhendo o caminho: para onde vai a codificação interamericana

A experiência dos tribunais brasileiros com a aplicação e utilização das Convenções interamericanas vigentes no Brasil nos traz algumas lições.

A primeira lição: as convenções sobre cooperação tendem a ser mais utilizadas do que as convenções clássicas de direito conflitual, porque trazem uma solução para problemas de transmissão de pedidos, facilitando a circulação de atos e decisões.

A segunda lição: existe uma baixa efetividade das convenções sobre temas vinculados a organização de sociedades e pessoas jurídicas. A versatilidade das formas societárias existentes faz com que as empresas se organizem de acordo com as leis vigentes nos países onde farão negócio. Um exemplo do continente é Cuba, onde uma modalidade de parceria de capitais públicos e privados permitiu o ingresso de grupos econômicos estrangeiros em diversas áreas, em especial infraestrutura e turismo.

A terceira lição: na concorrência entre uma convenção regional e uma universal, a tendência é que a universal venha a se consolidar como o parâmetro. Aconteceu com as convenções em matéria de proteção de menores (restituição, alimentos, adoção) e com as convenções sobre arbitragem comercial.

Assim, tudo indica que a duplicação de esforços deve ser evitada. Cabe lembrar que as convenções da Conferência da Haia são abertas à adesão de

países não-membros; assim nada impediria a adesão de certas convenções importantes por parte de países do continente que não sejam membros da Haia.

As grandes convenções, negociadas durante anos, para depois serem submetidas a longos processos de ratificação, são adequadas para os temas grandes e espinhosos, onde é necessário construir paulatinamente um consenso em torno de pontos comuns. Esse esforço rende frutos mesmo quando as convenções não são ratificadas, ao serem ainda assim mencionadas em decisões judiciais. O uso de instrumentos de “*soft law*” como sinalizadores de um padrão a ser adotado pelos legislativos nacionais não deve ser visto como uma posição antagônica ao processo codificador clássico.

A preocupação de não duplicar esforços em temas que estão sendo tratados em outros foros não deve, por outro lado, ser excessiva a ponto de inibir uma iniciativa de codificação regional. As codificações sempre têm sido propulsoras de evoluções normativas nos países, e esse protagonismo das convenções – seja por refletirem o consenso ou por estarem no “estado da arte” de um determinado assunto - não deve ser perdido. Pode, no entanto, ser mais ágil.

Las CIDIPs y su papel en el ordenamiento jurídico colombiano

José Luis MARÍN FUENTES*

Sumario: I. Introducción. II. Las CIDIPs y su relación con el derecho colombiano. 1. Derecho procesal internacional. A) Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias. B) Convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero. C) Convención interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares. D) Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros. E) Convención interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero. F) Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado. 2. Derecho internacional de la familia. A) Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores. B) Convención interamericana sobre restitución internacional de menores. C) Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores. D) Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias. 3. Arbitraje internacional. A) Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional. III. Conclusión. IV. Tabla anexa de jurisprudencia. Corte Suprema de Justicia.

I. Introducción

Hablar propiamente del Derecho internacional privado (DIPr) en Colombia en principio puede parecer una empresa bastante ambiciosa; esto porque si bien el DIPr ha tenido un desarrollo vertiginoso en las últimas décadas a nivel global, lo mismo no ha sucedido en éste país donde por diversas razones ha existido una apatía y cierta repulsión a la materia, no sólo por parte de la comunidad académica sino del legislativo mismo a quien no ha parecido importar que el ordenamiento jurídico colombiano no esté dotado de una serie de normas que son las más idóneas y precisas para entender el movimiento globalizador actual y sus implicaciones en las sociedades modernas, así como en la armonización y el desarrollo de los diferentes ordenamientos jurídicos que día a día están entrando en contacto, compartiendo experiencias y brindando soluciones acordes a las necesidades actuales

* Profesor de Derecho internacional privado y contratos internacionales de la Universidad de Medellín, Colombia.

El DIPr en la historia jurídica colombiana no ha jugado un papel de relevancia, y son muy escasos los trabajos que sobre la materia se han llevado a cabo casi desde la época de la colonia misma, pasando por la etapa de su independencia hasta nuestros días. El derecho que en principio tuvo aplicación indirecta en estos territorios fueron las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio donde se recogieron las primeras normas legales de derecho internacional privado de todo el mundo las cuales fueron escritas en Murcia por Jacobo de las Leyes. En tales normas se indicaba por ejemplo, que la ley aplicable al régimen económico del matrimonio era la ley del domicilio del marido, que la ley que regía los contratos era la ley del país donde han sido celebrados - *lex loci celebrationis* –y que la ley que regula los derechos reales es la ley del país donde los bienes están situados -*lex rei sitae* (Principios aún con vigencia)¹. De igual manera teníamos la Recopilación de las Indias de 1680 que era un cuerpo normativo de aplicación exclusiva para la América española la cual se fue mezclando paulatinamente con las costumbres locales también conocidas como derecho indiano criollo² lo que al final terminaría por crear una normativa sustancialmente diferente del derecho español o castellano y marcaría una ruptura definitiva con el derecho de la Metrópoli.

En ese sentido el Código Civil colombiano (ordenado por la Ley 57 de 1887) que es una copia del Código Civil chileno o de don Andrés Bello, el cual es a su vez una versión del Código de Napoleón de 1804 recogió las primeras normas de DIPr las cuales siguen aún vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano.

Igualmente podemos anotar que si bien a principios del siglo XX se hacían esfuerzos en América Latina para unificar las normas de DIPr, vemos que la armonización de las reglas de conflicto de leyes no presenta inconvenientes debido a que muchos Estados latinoamericanos derivaron sus sistemas jurídicos de un tronco hispánico común³; a partir de dicha premisa encontramos una de las primeras manifestaciones a favor de la unificación del derecho en el territorio latinoamericano, y fue básicamente el denominado

¹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Las primeras normas de conflicto escritas de la Historia. Bolonia, Murcia y Jacobo de las Leyes, disponible en: <http://accursio.com/blog/?p=120>

² M. VILLEGAS GARCÍA, Apuntes sobre codificación y costumbre en la historia del derecho colombiano, *Opinión Jurídica. Revista Científica*, n° 8, 2005, p. 100, disponible en: <http://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/c2-HistoriadelDerecho.pdf>

³ E. HELGUERA, *El Derecho internacional privado mexicano y el Código de Bustamante*, 1ª ed., México, Editorial del Instituto de Derecho Comparado UNAM, 1962, p. 29.

Congreso de Panamá o Anfictiónico⁴ de 1826 que se convocaría para el 07/12/1824 desde Lima por el Libertador Simón Bolívar que en esa entonces fungía como presidente del Perú, y cuyo objeto principal era eminentemente buscar la unión o la confederación de los Estados de América; en unos de los apartes de dicha convocatoria, Bolívar señalaría: “Cuando, después de cien siglos, la posteridad busque el origen de nuestro derecho público, y recuerden los pactos que consolidaron su destino, registrarán con respeto los protocolos del Istmo. En él, encontrarán el plan de las primeras alianzas, que trazará la marcha de nuestras relaciones con el universo. ¿Qué será entonces el Istmo de Corinto comparado con el de Panamá?”⁵.

Por otro lado, no debe olvidarse que si bien el origen del DIPr moderno tuvo asiento en el continente europeo, fue en América Latina donde se presentaron los primeros movimientos unificadores de la materia; en efecto, el Congreso de Lima de 1877 constituye la primera gran manifestación en favor de su unificación a nivel regional. El Tratado de Lima sobre DIPr, si bien por ciertas razones nunca fue ratificado, el mismo se estructuraba en 60 artículos divididos en 8 capítulos y en él se incluían reglas sobre conflicto de leyes en materia de estado y capacidad de las personas, sucesiones, competencia judicial internacional entre otras.

Posteriormente en el año de 1879 tendría lugar el congreso de Montevideo donde se adoptaron los primeros tratados de DIPr que entraron en vigor en el mundo⁶.

Tal esfuerzo en favor del desarrollo del DIPr continuaría a nivel regional con las llamadas Conferencias Panamericanas, 1889 en Washington D.C., 1902 en México, Rio de Janeiro 1906, Buenos Aires 1910, Santiago de Chile 1923 y culminan con la de La Habana en 1928 donde se aprobó el Proyecto de Código de DIPr preparado por el profesor cubano Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén el cual se convertiría en el instrumento normativo más importante sobre la materia que hasta el momento se había realizado, ya que era el primer Código completo que estaba compuesto por

⁴ FUNDACIÓN BIBLIOTECA AYACUCHO, artículo disponible en: http://www.bibliotecayacucho.gob.ve/fba/index.php?id=21&tx_ttnews%5Btt_news%5D=1532&tx_ttnews%5BbackPid%5D=2&cHash=6a1c818917

⁵ F. J. YANES / C. MENDOZA MONTILLA, *Colección de documentos relativos a la vida pública del Libertador de Colombia y del Perú Simón Bolívar para servir a la historia de la independencia de Suramérica*, t. IV, Caracas, 1826, p. 175.

⁶ A.M. GARRO, “Armonización y unificación del Derecho privado en América Latina: Esfuerzos, tendencias y realidades”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* (Universidad Central de Venezuela), n° 85, 1992 p. 287

437 artículos que abarcan reglas generales de derecho civil internacional, derecho mercantil internacional, derecho procesal internacional, y derecho penal internacional incluyendo la extradición⁷; el mismo que nunca fue adoptado por Colombia a pesar de que participó en su elaboración está vigente en Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá y Venezuela⁸. Es de anotar que posteriormente se celebraron más Conferencias Panamericanas, Montevideo 1933, Lima 1938, Bogotá 1948 que sería la última que se celebraría con relación al formato que se venía llevado a cabo; a partir de allí se establece un Comité de Jurisconsultos, esto es, un cuerpo consultivo en asuntos jurídicos internacionales a quien se le encargaría de la promoción del DIPr en toda la región.

Después de varios años de labor, se establece un nuevo modelo de unificación de las normas materiales de derecho internacional privado, y este sería el que conocemos como las Conferencias Especializadas de la Organización de los Estados Americanos – OEA en derecho internacional privado; entre las que se encuentran: Panamá 1975 (CIDIP I)⁹, Montevideo

⁷ J. L. SIQUEIROS, “La Codificación del Derecho internacional privado en el continente americano”, *Revista Jurídica* (México), n° 14, 1982, p. 239.

⁸ De igual manera ha de tenerse presente que en la actualidad hay muchos países latinoamericanos que tienen sus propias leyes de derecho internacional privado como lo son: Venezuela, República Dominicana, Panamá, y en otros existen proyectos de codificación como en: Uruguay, Paraguay, México etc.

⁹ Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas. Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de cheques. Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional. Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias. Convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero. Convención interamericana sobre régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero.

1979 (CIDIP II)¹⁰, La Paz (CIDIP III)¹¹, Montevideo 1989 (CIDIP IV)¹², México D.F. 1994 (CIDIP V)¹³, Washington D.C. 2002 (CIDIP VI)¹⁴.

II. Las CIDIPs y su relación con el derecho colombiano

Si bien los trabajos emprendidos por las diferentes CIDIPs han sido muy prolíficos y en cierta medida han contribuido al desarrollo universal de la ciencia del derecho, la actitud de la comunidad jurídico-académica colombiana ha sido quizás displicente en cuanto a la recepción de dichos aportes y avances lo que lleva a afirmar que tales trabajos conforman el mayor porcentaje de las normas de derecho internacional privado en Colombia. En ese sentido es también pertinente anotar que la actitud de los legisladores colombianos frente al desarrollo continuo o armonizado de esa área jurídica ha estado muy por debajo frente a sus homólogos de países como Argentina, Brasil, México, Venezuela, Panamá y Uruguay entre otros.

Ahora, en cuanto a las cuestiones procesales internacionales, éstas poco a poco comienzan a tener una relevancia en Colombia ello aún a pesar de que si bien hace no muchos años hubo una reforma del sistema procesal con la expedición de la Ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso, tales

¹⁰ Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales. Convención interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares. Convención interamericana sobre prueba e información del derecho. Protocolo Adicional a la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias. Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de cheques. Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles. Convención interamericana sobre domicilio de las personas físicas en el derecho internacional privado. Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado

¹¹ Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores, la Convención interamericana sobre personalidad y capacidad de personas jurídicas en el derecho internacional privado, la Convención interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras, y el Protocolo Adicional a la Convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero.

¹² Convención interamericana sobre restitución internacional de menores, la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias, y la Convención interamericana sobre contratación de transporte internacional de mercaderías por carretera.

¹³ La Convención interamericana sobre derecho aplicable a contratos internacionales, y la Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores.

¹⁴ La Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias, la Carta de porte directa uniforme negociable interamericana para el transporte internacional de mercaderías por carretera, y la Carta de porte directa uniforme no-negociable interamericana para el transporte internacional de mercaderías por carretera.

cuestiones fueron abordadas de una manera muy tangencial, lo que es una lástima ya que se perdió una oportunidad de oro para estar a tono con los sistemas procesales internacionales modernos¹⁵.

Actualmente se encuentran vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano varias Convenciones que fueron producto de las diferentes CIDIPs y que regulan materias las cuales están centradas principalmente en tres grupos; esto es, derecho procesal internacional, derecho internacional de la familia y arbitraje comercial internacional.

1. Derecho procesal internacional

A) Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias

Esta normativa que se incorporó al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 27 de 1988, al igual que su Protocolo Adicional, son los instrumentos por excelencia de la cooperación judicial internacional. En el caso de Colombia, imaginamos que en otros países ratificantes es lo mismo, es difícil tener un porcentaje aproximado sobre la utilización de tal regulación, ya que en los últimos años ha venido creciendo el número de solicitudes, especialmente provenientes de tribunales menores, los cuales

¹⁵ Al efecto podemos traer a colación las palabras de Patricia Orejudo Prieto De Los Mozos quien en una ponencia señalaba al respecto que: “Del análisis de las normas estatales de DIPr de Colombia se deduce que este Estado carece de un sistema completo y coherente de DIPr. Como se pone de relieve en este estudio, la regulación de los distintos sectores (competencia judicial internacional, derecho aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, cooperación internacional entre autoridades), cuando existe, se encuentra en normas dispersas y poco (o nada) adecuadas a la resolución los diversos problemas del tráfico jurídico externo. Así, Colombia carece de normas estatales de competencia judicial elaboradas específicamente para las situaciones privadas internacionales, por lo que no extraña que tampoco cuente con normas de aplicación de estas normas, que resuelvan cuestiones tales como el control de la competencia, la litispendencia y la conexidad internacional y la *derogatio fori*. Las normas de conflicto, por su parte, resultan también manifiestamente inadecuadas, por cuanto impiden como línea de principio dar aplicación a leyes extranjeras. Tampoco hay, en consecuencia, normas de aplicación de las normas de conflicto. Para hallar normas de conflicto bilaterales y normas que resuelvan cuestiones tales como la remisión a un Estado plurilegislativo, el reenvío, o el orden público, hay que acudir a los convenios vigentes en Colombia. Finalmente, si el sector de la cooperación”. Ver P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “El Derecho Internacional Privado Colombiano ante la Ley Modelo OHADAC de DIPr”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, p. 697, disponible en: <http://eprints.ucm.es/27862/1/DIPr%20Colombia.pdf>.

canalizan las mismas a través de la Cancillería colombiana, donde entre 2014 y 2016 se tramitaron más de 600 de ellas.

El Código General del Proceso en cierta medida abordó la figura del exhorto¹⁶ pero a través de la comisión rogatoria, en efecto su artículo 41 pretende regular tal cuestión sin hacer referencia la Convención, sin embargo, ésta última se impone por la especialidad de la materia. En este caso no podríamos hablar de una influencia directa, ya que escasamente se plasmó en la nueva normativa procesal lo relativo a los exhortos o cartas rogatorias lo que conlleva a cierta dispersión en cuanto a la aplicación de reglas tanto locales, como internacionales que abordan un mismo asunto, teniendo prevalencia la normativa uniforme.

B) Convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero

En esta Convención, al igual que lo que sucede con la relativa a los exhortos y cartas rogatorias se presenta la misma situación, y es el no haber sido abordada directamente por el Código general del Proceso el cual debió al menos haberla incorporado o remitir a ella; cosa que no sucedió; al efecto si vemos el artículo 182¹⁷ que es el que regula la cuestión notamos que es poco lo que allí se dice, en ese caso, como en muchos otros, será el derecho unificado el que se aplique de preferencia y en mayor medida a una cuestión jurídica en la cual se suscite la práctica de pruebas en el exterior y la forma como se comisiona la realización de las mismas.

¹⁶ Artículo 41. Comisión en el exterior. Cuando la diligencia haya de practicarse en territorio extranjero, el juez, según la naturaleza de la actuación y la urgencia de la misma, y con arreglo a los tratados y convenios internacionales de cooperación judicial, podrá:

1. Enviar carta rogatoria, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, a una de las autoridades judiciales del país donde ha de practicarse la diligencia, a fin de que la practique y devuelva por conducto del agente diplomático o consular de Colombia o el de un país amigo. 2. Comisionar directamente al cónsul o agente diplomático de Colombia en el país respectivo para que practique la diligencia de conformidad con las leyes nacionales y la devuelva directamente. Los cónsules y agentes diplomáticos de Colombia en el exterior quedan facultados para practicar todas las diligencias judiciales para las cuales sean comisionados. Para los procesos concursales y de insolvencia se aplicarán los mecanismos de coordinación, comunicación y cooperación previstos en el régimen de insolvencia transfronteriza.

¹⁷ Artículo 182. Pruebas en el exterior. Cuando se requiera la práctica de pruebas en territorio extranjero y no puedan practicarse con el uso de los medios técnicos mencionados en el artículo 171, se observará lo dispuesto en el artículo 41.

En este sentido, a la Convención se le abre otra puerta en cuanto a su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico colombiano, y ello se hace vía la aplicación del artículo 608 de la normativa procesal el cual preceptúa respecto al tema que: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados y convenios internacionales sobre cooperación judicial, los jueces colombianos deberán diligenciar los exhortos sobre pruebas decretadas por funcionarios extranjeros del orden jurisdiccional o de tribunales de arbitramento, y las notificaciones, requerimientos y actos similares ordenados por aquellos, siempre que no se opongan a las leyes u otras disposiciones nacionales de orden público”.

C) Convención interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares

En Colombia como en muchos otros Estados, la cuestión relativa a las medidas cautelares tiene en principio un manejo básicamente local, esto es, a partir de la normativa procesal interna que no es otra que el Código General del Proceso. Éste la aborda a partir de los artículos 588 y siguientes, los cuales resultan bastante curiosos frente a la cuestión, ya que no definen nada respecto a cómo deben cumplirse las medidas cuando son solicitadas por una autoridad judicial o administrativa extranjera. En efecto, la normativa uniforme es para estos casos la única que regula directamente la materia ya que no existe normativa local que la complemente.

Por otro lado, la aplicación de este Convenio puede inferirse de lo preceptuado en el artículo 605 del Código General del Proceso el cual indica que: “Las sentencias y otras providencias que revistan tal carácter¹⁸, pronunciadas por autoridades extranjeras, en procesos contenciosos o de jurisdicción voluntaria, tendrán en Colombia la fuerza que les concedan los tratados existentes con ese país, y en su defecto la que allí se reconozca a las proferidas en Colombia”.

En este caso, podemos notar que realmente hay una carencia en cuanto a la armonización de normas procesales por parte del ordenamiento jurídico colombiano frente a normativas internacionales, las cuales pueden complementarse con aquellas y brindar una mejor experiencia, así como más seguridad desde el punto de vista legal.

¹⁸ El subrayado es nuestro.

D) Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros

Esta Convención es quizás la regulación de origen internacional más utilizada en Colombia; en efecto y después de llevar a cabo una reseña a las decisiones de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, de los últimos 20 años pudimos evidenciar su amplia aceptación y aplicabilidad, en especial por ese tribunal superior, ya que se han registrado en por lo menos 40 sentencias, lo que muestra un nivel bastante aceptable, teniendo en cuenta el poco desarrollo que tiene el derecho internacional privado en el país y la baja utilización de instrumentos normativos de carácter internacional. La mayoría de las sentencias que deben surtir el trámite del *exequátur*¹⁹ son de temas relacionados con el divorcio, en algunos casos, reconocimiento de adopciones, siendo Venezuela el país de donde más provienen dichas decisiones.

E) Convención interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero

Si bien las cuestiones relativas a la información del derecho extranjero han sido abordadas de manera algo tangencial por el artículo 177 del Código General del Proceso²⁰ estimamos que este caso se le debe dar aplicación prevalente a la normativa unificada, toda vez que la misma no sólo es más completa, sino más especializada en cuanto al tema que debe abordarse; ahora el problema es que la misma sólo tiene aplicación a nivel regional, en

¹⁹ Regulado por el artículo 605 y siguientes del Código General del Proceso.

²⁰ Artículo 177. Prueba de las normas jurídicas. El texto de normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, se aducirá en copia al proceso, de oficio o a solicitud de parte.

La copia total o parcial de la ley extranjera deberá expedirse por la autoridad competente del respectivo país, por el cónsul de ese país en Colombia o solicitarse al cónsul colombiano en ese país. También podrá adjuntarse dictamen pericial rendido por persona o institución experta en razón de su conocimiento o experiencia en cuanto a la ley de un país o territorio fuera de Colombia, con independencia de si está habilitado para actuar como abogado allí. Cuando se trate de ley extranjera no escrita, podrá probarse con el testimonio de dos o más abogados del país de origen o mediante dictamen pericial en los términos del inciso precedente. Estas reglas se aplicarán a las resoluciones, circulares y conceptos de las autoridades administrativas. Sin embargo, no será necesaria su presentación cuando estén publicadas en la página web de la entidad pública correspondiente.

cuyo caso habrá de aplicarse la norma procesal local cuando se trate de averiguar el contenido de una norma extranjera de países que no estén comprendidos en el ámbito latinoamericano.

F) Convención interamericana sobre normas generales de Derecho internacional privado

Esta Convención se ha convertido por excelencia en la normativa “sustantiva” por así decirlo en la materia, ya que no existen otras normas en el derecho colombiano que definan las diferentes figuras del derecho internacional privado de forma tan clara como dicha regulación lo hace. Por esos en compañía del Tratado de Derecho civil internacional y de Derecho comercial internacional de Montevideo de 1889 y 1989 (Ley 33 de 1992) constituyen la parte general del DIPr en Colombia; esto como consecuencia de la carencia de una ley general sobre la materia como existe en otros países del continente.

2. Derecho internacional de la familia

El DIPr colombiano está compuesto esencialmente por algunas pocas normas de origen nacional y las otras provenientes del derecho uniforme o convencional; entre éstas encontramos algunos convenios de La Haya, así como varias convenciones interamericanas las cuales tienen bien definido su ámbito de aplicación territorial. Al respecto podemos señalar las siguientes:

A) Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores

Esta normativa, junto con la Convención de La Haya del 29/05/1993 relativa a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional (Ley 2165 de 1996) complementó la Ley 1098 de 2006 o también conocida como el Código de Infancia y Adolescencia, que regulan todo lo relativo a la adopción internacional. Esta última ley permite la aplicación de las regulaciones internacionales de acuerdo a lo señalado en su

artículo 6 que indica: “Reglas de interpretación y aplicación. Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente”.

B) Convención interamericana sobre restitución internacional de menores

En Colombia esta normativa es complementaria con la Convención de La Haya sobre Aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Ley 173 de 1994), ello porque muchos países latinoamericanos ratificantes de esta Convención, también lo son de la Interamericana y en ellas si bien existen complementariedades, también sucede con algunas diferencias especialmente en lo que respecta a los términos para intentar la acción así como ciertas medidas conducentes a la obtención de la custodia del menor. Ambas normativas constituyen el junto con el artículo 112 la Ley 880²¹ la normativa nacional que regula lo relativo a la restitución de los menores; sin embargo se ha notado que la Convención de La Haya ha desplazado a la Convención interamericana en el sentido que frente a los dos instrumentos uniformes, los jueces prefieren darle aplicación a la primera toda vez que no sólo han recibido mejor capacitación por parte de la Conferencia de La Haya, sino que brinda más seguridad jurídica a la hora de tomar la decisión frente a la restitución del menor o los menores.

C) Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores

²¹ Artículo 112. Restitución internacional de los niños, las niñas o los adolescentes. Los niños, las niñas o los adolescentes indebidamente retenidos por uno de sus padres, o por personas encargadas de su cuidado o por cualquier otro organismo en el exterior o en Colombia, serán protegidos por el Estado colombiano contra todo traslado ilícito u obstáculo indebido para regresar al país. Para tales efectos se dará aplicación a la Ley 173 de 1994 aprobatoria del Convenio sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños, suscrito en La Haya el 25/10/1980, a la Ley 620 de 2000 [fue sólo un proyecto] aprobatoria de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores, suscrita en Montevideo el 15/07/1989, y a las demás normas que regulen la materia.

Esta normativa se presenta como un complemento de la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores y de la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. En ello se puede señalar que todas ellas inspiraron la Ley 1098 de 2006, y en su conjunto regulan lo referente a la materia. Todos estos asuntos los maneja en Colombia los jueces de familia en colaboración con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).

D) Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias

Esta cuestión últimamente ha venido siendo utilizada con mayor frecuencia, ello como consecuencia del flujo migratorio de colombianos hacia países de la región, así como extranjeros de países miembros de la Convención que se han estado domiciliando en Colombia. Podemos observar que esta Convención se incorporó al ordenamiento jurídico colombiano a la par con el Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero (471 de 1998) lo que constituye la regulación sobre la materia. Ambas se complementan, sin que haya lugar a afirmar que haya una preeminencia de una sobre la otra.

3. Arbitraje internacional

A) Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional

Esta Convención fue incorporada en el ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 44 de 1986, y desde la fecha ha tenido una aplicación muy baja o deficiente en éste, quizás entre otras razones por la desconfianza que se ha tenido frente al arbitraje al cual se le ha considerado como una limitación al poder soberano del Estado para regular las relaciones jurídicas de sus ciudadanos o por el campo de acción tan reducido de tal instrumento internacional. Por otro lado en Colombia la cuestión del arbitraje comenzó a desarrollarse de una manera más amplia sólo en las dos últimas décadas, y en cuanto al arbitraje internacional, éste tuvo su “consagración oficial” con la Ley 1563 del 2012 en especial en los artículos 63 y siguientes, y en lo que

respecta al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales encuentra su regulación a partir del artículo 111 donde se puede apreciar que ello inclinó aún más la balanza en desfavor de la aplicación de ésta Convención a favor de otros instrumentos internacionales.

En efecto, podemos observar que en los últimos 20 años esta Convención interamericana ha sido aplicada en tres²² oportunidades por la Corte Suprema de Justicia (1998, 2015 y 2016) con relación al reconocimiento de laudos fundamentados en dicha Convención, lo que muestra esencialmente el poco nivel de importancia de la misma y su escasa utilización por parte de los diferentes operadores jurídicos quienes en la mayoría de los casos acuden de preferencia a la Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento de sentencias arbitrales extranjeras, una normativa de mayor alcance, esto es, más universal y no regional como la Convención de Panamá que respecto a su aplicación no es tan clara ni completa²³. Igualmente es importante anotar que aquella, esto es, la de Nueva York, ha tenido un desarrollo doctrinal y jurisdiccional más importante en muchos de los países de Latinoamérica, lo que parece brindar mejores garantías y seguridad a la hora de buscar el reconocimiento del laudo; igualmente ha de tenerse presente que la mayoría de los países que ratificaron la Convención de Panamá, también lo hicieron con la Convención de Nueva York lo que indica la poca utilización de la primera frente a ésta última.

III. Conclusión

Al ser el presente escrito una cuestión meramente informativa, es decir, dar una visión aproximada de la utilización de diferentes convenciones interamericanas que están vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano, no se puede pretender que se aborden cada una de ellas a profundidad. Lo que es esencial es saber cuáles de ellas tienen vigencia, como están siendo aplicadas y que futuro puede tener su posterior aplicación.

Vemos igualmente que no es una cuestión excepcional el hecho que en Colombia se dé una aplicación esporádica o deficiente de tales

²² Véase la tabla al final del artículo.

²³ A. GARZA CANOVAS, “La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional: un paso firme”, *Revista de Derecho Privado* (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM), p. 376, disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/5/pr/pr10.pdf>.

instrumentos normativos, ello puede ser normal teniendo en cuenta el nivel de desarrollo que tiene el derecho internacional privado al interior del ordenamiento jurídico, lo cual no lo hace atractivo para los operadores jurídicos quienes no prefieren acudir a normas de origen foráneo las cuales no saben ni siquiera cual es el manejo que debe dárseles, prefiriendo la comodidad en cuanto a la aplicación de las normativas de “origen” local las cuales en principio les brindan más confianza que las otras.

Como podemos ver, tenemos que de las 21 Convenciones interamericanas y dos Protocolos desarrollados en el seno de la CIDIP, Colombia, hasta el momento ha ratificado 11 de ellas y un Protocolo que han estado subutilizadas y sólo en las dos últimas décadas han sido tenidas en cuenta por los diferentes tribunales. De otro lado se puede afirmar que la Convención interamericana sobre eficacia y extraterritorialidad de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, ha sido más utilizada hasta el momento; ésta fue ratificada por Colombia mediante la Ley 16 de 1981. Prueba de ello la tenemos en las decisiones de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, desde 1995 hasta el año 2016 donde se han tramitado alrededor de unas 40 solicitudes de *exequátur* de donde, en 35 de ellas ha tenido aplicación directa tal Convención, y siendo Venezuela el país de donde han provenido el mayor número de solicitudes de reconocimiento de sentencias, la mayoría ligadas a procesos de divorcios llevados a cabo en aquél país para que puedan tener efectos en Colombia.

En otros casos, pero con menor aplicación, han sido la Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional, así como la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias y la Convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero las que vienen siendo utilizadas esencialmente por parte de los tribunales provinciales y los Juzgados Civiles del Circuito.

IV. Tabla anexa de jurisprudencia. Corte Suprema de Justicia

Año	Clase decisión	Expediente n°	Convención
1995	Exequátur	4644	Convención interamericana sobre la eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros Montevideo 1979 [En adelante Convención 1]

	Exequátur	4725	Convención 1
	Exequátur	5083	Convención 1
	Exequátur	4868	Convención 1
1996	Exequátur	6130	Convención 1
1997	Exequátur	6041	Convención 1
1998	Exequátur	7146	Convención 1
	Exequátur	7394	Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional
	Exequátur	7113	Convención 1
1999	Exequátur	7291	Convención 1
2000	Exequátur	7735	Convención 1
2001	Exequátur	7641	Convención 1
		0012	Convención 1
2005	Exhorto	0917	Convención interamericana sobre exhortos y cartas rogatorias
2006	Pruebas	08001-31-03-010-1985-06798-01	Convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero
2007	Exequátur	11001-02-03-000-2005-00176-00	Convención 1
2008	Exequátur	11001-0203-000-2008-00276-00	Convención 1
	Exequátur	E-11001-02-03-000-2007-00890-00	Convención 1
2009	Exequátur	11001-02-03-000-2007-01385-00	Convención 1.
	Exequátur	11001-02-03-000-2008-00407-00	Convención 1

	Exequátur	11001-0203-000-2009-00026-00	Convención
2010	Exequátur	11001-02-03-000-2005-00503-00	Convención 1
		11001 0203 000 2004 01311 00	Convención 1
		1100102030 002009-01930-00	Convención 1
2011	Exequátur	11001-0203-000-2011-00773-00	Convención 1
2012	Exequátur	11001 02 03 000 2011 01415 00	Convención 1
2013	Exequátur	11001-0203-000-2008-00317-00	Convención 1
	Exequátur	11001-02-03-000-2012-02576-00	Convención 1
	Exequátur	11001-0203-000-2009-01971-00	Convención 1
2014	Exequátur	11001-0203-000-2008-01175-00	Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores. Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores. Convención interamericana sobre régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero, Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, Convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero
2014	Exequátur	11001-0203-000-2012-02147-00	Convención 1

2015	Exequátur	11001-02-03-000-2013-00358-00	Convención 1
	Exequátur	11001-0203-000-2013-00990-00	Convención 1
	Exequátur	11001-02-03-000-2014-02243-00	Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional
	Exequátur	11001-02-03-000-2013-01527-00	Convención 1
2016	Exequátur	11001-02-03-000-2014-02243-00	Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional
	Exequátur	11001-02-03-000-2014-01850-00	Convención 1
	Exhorto	11001-02-03-000-2016-00647-00	Convención 1
	Exequátur	05/08/2016-1925	Convención 1
	Exequátur	31/08/2016-0540	Convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero
2017	4 decisiones		Varios convenios
2018	3 Decisiones		Varios convenios
2019	2 Decisiones		Varios convenios
2020	3 Decisiones		Varios convenios
2021	4 Decisiones		Varios convenios
2022	10 Decisiones		Varios convenios
2023	14 Decisiones		Varios convenios

Reporte de país. Costa Rica

Juan José OBANDO PERALTA*

Sumario: I. Primera parte. 1. La influencia de las CIDIPs en la legislación nacional de Costa Rica. A) Incorporación de las Convenciones CIDIPs al derecho costarricense. B) Influencia directa de las Convenciones CIDIP al derecho doméstico costarricense. a) Leyes vigentes. b) Proyectos de Ley. II. Segunda parte. 1. La aplicación de las Convenciones CIDIPs en las decisiones judiciales en Costa Rica.

I. Primera parte

1. La influencia de las CIDIP en la legislación nacional de Costa Rica

La relación entre Costa Rica y las Conferencias Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIPs) tiene la particularidad de haber nacido con gran impulso, pero con un evidente declive del interés del país centroamericano conforme fueron pasando los años. Las diversas Conferencias realizadas en el marco de la Organización de Estados Americanos y su Secretaría de Asuntos Jurídicos, no han sido por ello una prioridad de Costa Rica, si bien si se han ratificado varios instrumentos conforme se puede observar en este reporte nacional.

A) Incorporación de las Convenciones CIDIPs al derecho costarricense

Es de notar que en la CIDIP I, celebrada en Panamá en 1975, Costa Rica firmó y finalmente ratificó sin reservas las 6 convenciones negociadas para ese momento. Nos referimos a las convenciones siguientes:

- Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas;
- Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de cheques;
- Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional;

* Profesor de Derecho internacional privado, Costa Rica.

- Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias;
- Convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero;
- Convención interamericana sobre régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero¹.

Posteriormente para la CIDIP II, celebrada en Uruguay en 1979, Costa Rica firmó todas las convenciones, pero no ratificó ninguna de ellas. No es sino hasta la CIDIP IV, también celebrada en Uruguay en 1989, que Costa Rica vuelve a firmar y ratificar dos de los tres tratados negociados. Por un lado, la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias² y por el otro la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores³.

Ambos tratados anteriores recibieron reservas por parte de Costa Rica, pero se presentó un particular evento pues las reservas nunca fueron depositadas por Costa Rica, lo cual hace inaplicable las mismas internacionalmente⁴. En el caso de la reserva a la Convención sobre obligaciones alimentarias la misma indica:

“Artículo 2: En el caso costarricense, la presente Convención se aplica a las obligaciones alimentarias, en favor de los siguientes acreedores:

1. Los cónyuges entre sí o quienes hayan sido tales, hasta tanto el beneficiario contraiga nuevas nupcias o establezca una convivencia de hecho.
2. Los padres a sus hijos menores o discapacitados.
3. Los hijos a sus padres.
4. Los hermanos a los hermanos menores o a los que presenten una discapacidad que les impida valerse por sí mismos; los abuelos a los nietos menores y a los que, por una discapacidad, no puedan valerse por sí mismos, cuando los parientes más inmediatos del alimentario no puedan darle alimentos, o en el tanto en que no puedan hacerlo.
5. Los nietos y bisnietos, a los abuelos y bisabuelos, en las mismas condiciones indicadas en este artículo”.

¹ Las mismas se aprobaron internamente mediante Ley n° 6165 del 21/02/1977.

² Se incorporó al derecho interno como Ley n° 8053 del 08/12/2000.

³ Incorporada al derecho interno mediante Ley n° 8032 del 26/04/2001.

⁴ Incluso en carta certificada del 10/11/2015 enviada a quien redacta este Reporte de país, el Asesor Jurídico Principal de la OEA, Encargado de Tratados del Departamento de Derecho Internacional, Sr. Luis Toro Utillano, expresamente indicó que “1. En virtud del artículo 112.f de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), la Secretaría General de la Organización sirve de depositaria de los tratados y acuerdos interamericanos, así como de los instrumentos de ratificación de los mismos. 2. La Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias fue adoptada el día 15/07/1989 en Montevideo, República Oriental del Uruguay. 3. El día 26/04/2001, la República de Costa Rica depositó el instrumento de ratificación de la citada Convención. 4. La Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias no fue objeto de reservas al momento de su firma o ratificación por parte de Costa Rica”.

Artículo 3: “El derecho procesal de Costa Rica regulará la competencia de los tribunales y el procedimiento de reconocimiento de la sentencia extranjera”.

Por su parte la -ineficaz- reserva hecha a la Convención sobre restitución internacional de menores expresa que “Artículo 2: Reserva de la República de Costa Rica en relación con la Convención interamericana sobre restitución de menores: de acuerdo con el ordenamiento jurídico costarricense, este instrumento jurídico internacional se aplicará a las personas menores de dieciocho años, y no hasta los dieciséis años, como señala esta Convención.

Es de notar que a partir de la CIDIP IV fue claro que el interés de Costa Rica estaba dirigido únicamente a los tratados relativos al derecho de familia. Lo anterior se presenta incluso en el último tratado firmado y ratificado por el país en la CIDIP V celebrada en México en 1994, siendo esta la Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores⁵. Sin embargo, ese interés no se ha visto reflejado posteriormente con acciones que permitan la aplicación efectiva de los tratados, máxime que en el caso de las convenciones sobre restitución de menores y sobre tráfico internacional de menores no se ha presentado luego de numerosos años la información sobre cuál es la autoridad central designada para la ejecución de las labores asignadas en ambos instrumentos. Esto a pesar de que el Patronato Nacional de la Infancia si ha sido nombrado como autoridad central para el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores⁶, lo cual indica un desinterés que puede ser objetivamente asumido a partir de la falta de implementación de los debidos requisitos en los dos tratados.

B) Influencia directa de las Convenciones CIDIPs al derecho doméstico costarricense

a) Leyes vigentes

No existe una influencia real de las Convenciones CIDIPs en la legislación vigente de Costa Rica. Ni el Código Civil⁷, ni el de Familia⁸ o sus reformas incluyen regulaciones inspiradas en las reglas de las Convenciones CIDIP, sino más bien se apegan a un fuerte territorialismo y en particular el Código Civil sigue predominantemente el antiquísimo modelo unilateral en el diseño de sus normas de conflicto, apegándose más a la visión de los siglos XII, XIII y XIV de glosadores y post-glosadores, que a los cambios logrados por

⁵ Ley n° 8071 aprobada el 14/02/2001.

⁶ Ver <https://www.hcch.net/es/states/authorities/details3/?aid=80>

⁷ Ley n° 63 aprobada el 28/09/1887.

⁸ Ley n° 5476 aprobada el 21/12/1973.

Savigny con el inicio del método bilateral en el ámbito conflictual del siglo XIX que inspira necesariamente a la CIDIP por la requerida multilateralidad de las normas conflictuales en los tratados internacionales.

Por su parte, en el ámbito comercial la situación no cambia. El Código de Comercio⁹ y sus reformas es el único instrumento aplicable y el mismo se basa en tradiciones territorialistas en donde ni siquiera se considera la internacionalidad de los actos o contratos por lo que es claro que las Convenciones de la CIDIP no tuvieron impacto alguno en el mismo.

b) Proyectos de Ley

El Proyecto de Ley de Código Procesal de Familia de Costa Rica, actualmente en análisis bajo expediente legislativo número 19.455¹⁰, si posee una influencia clara de diferentes artículos encontrados en Convenciones CIDIPs. Existen varios ejemplos que demuestran dicha situación.

Es el caso de las normas existentes en el Libro III, denominado Normas de Derecho Internacional Procesal de Familia, Título I de Competencia Judicial Internacional, Capítulo I Disposiciones Generales, así como en la Sección de Reformas a otras Leyes en donde por primera vez reglas se crearían especiales de competencia judicial internacional para las relaciones jurídicas de familia, así como se modernizarían varias reglas conflictuales y sobre derecho aplicable a las mismas. Allí se encuentra una influencia en la redacción de los artículos 323 y la reforma al artículo 5 del Código de Familia a través de la ley que crearía el Código Procesal de Familia. En la siguiente comparación permite observar cómo finalmente se toma en cuenta el carácter internacional de la relación jurídica, tal como lo hace por ejemplo la Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado la que de forma evidente moldeó la redacción del proyecto de ley costarricense.

Artículo 1 CIDIP normas generales DIPR	Artículo 323 Proyecto de Código Procesal de Familia	Artículo 5 del Proyecto de Código Procesal de Familia,
---	--	---

⁹ Ley n° 3284 aprobada el 30/04/1964.

¹⁰ El Proyecto de Ley n°19.455 se encuentra al momento de la emisión del presente informe de país, sea esto el día 27 de octubre del 2016, en el Plenario Legislativo de la Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ya ha recibido un primer debate afirmativo y mociones de reforma para un segundo debate, que de aprobar el texto, permitiría convertir al Código Procesal de Familia en nueva ley del país. Debe tomarse en cuenta que las posibilidades para la aprobación del texto son muy altas dado que tanto para el Congreso como para el Poder Ejecutivo costarricense, las reformas procesales han sido de alta relevancia, tanto así que en este período presidencial-legislativo se han aprobado importantes reformas como el nuevo Código Procesal Civil (Ley #9342) y la llamada Reforma Procesal Laboral (Ley #9343).

		reforma al Código de Familia
<p>La determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con derecho extranjero, se sujetará a lo establecido en esta Convención y demás convenciones internacionales suscritas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes.</p> <p>En defecto de norma internacional, los Estados Partes aplicarán las reglas de conflicto de su derecho interno.</p>	<p>Las normas jurídicas de competencia aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan, en primer lugar por acuerdo de partes en materias disponibles para la prórroga de competencia.</p>	<p>Las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones internacionales vigentes de aplicación en el caso y, en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas del DIPr costarricense de fuente interna determinadas en esta ley.</p>

De igual forma, en la reforma al artículo 6 del Código de Familia, el tratamiento del derecho extranjero pasa de ser analizado como un hecho a ser analizado como derecho, así como debe ser aplicado oficiosamente por el juez siguiéndose con ello la tesis del artículo 2 de la Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado. Sin embargo, existen diferencias importantes debido a que el Proyecto de Ley añade reglas más claras para esta clásica situación del derecho internacional privado. Igualmente mostramos la comparación en el siguiente cuadro:

Artículo 1 CIDIP normas generales DIPr	Artículo 6 del Proyecto de Código Procesal de Familia, reforma al Código de Familia¹¹
---	---

¹¹ El texto completo del artículo 6 del Proyecto indica: Cuando un derecho extranjero resulte aplicable el juez costarricense lo hará de oficio y evitando la figura del reenvío, pudiendo contar con la directa colaboración de las partes. El juez buscará tener en claro la vigencia, el contenido y la interpretación actual del derecho extranjero. Dicha interpretación será tal y como es realizada por los jueces del Estado al que ese derecho pertenece. Para poder demostrar lo anterior el juez podrá utilizar todos los mecanismos que considere necesarios y a su juicio podrá utilizar los siguientes recursos: a) La prueba documental, consistente en copias certificadas de textos legales con indicación de su vigencia, o precedentes judiciales;

<p>Los jueces y autoridades de los Estados Partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada.</p>	<p>Cuando un derecho extranjero resulte aplicable el juez costarricense lo hará de oficio y evitando la figura del reenvío, pudiendo contar con la directa colaboración de las partes (...).</p>
--	--

El tratamiento de la excepción del orden público también puede ser encontrada tanto en el artículo 6 del Proyecto de Ley como en la Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado en su artículo 5. Allí se muestra un énfasis en el hecho de que el concepto del orden público debe analizarse conforme las potenciales vulneraciones a los principios que lo conforman más que a reglas codificadas de la ley interna. Este tratamiento jurídico rompe con un problema de décadas en donde se ha malinterpretando constantemente por parte de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia que el concepto de orden público interno es el preponderante¹².

Por otro lado, el mismo artículo 6 del Código de Familia reformado, utilizaría parcialmente las soluciones ofrecidas por la Convención

b) La prueba pericial, consistente en dictámenes de abogados o expertos en la materia c) Informes del Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su derecho sobre determinados aspectos. Si existieran varios sistemas jurídicos cogitantes con competencia territorial o personal, o se sucedieran diferentes ordenamientos legales, el derecho aplicable se determinará por las reglas en vigor dentro del Estado al que ese derecho pertenece y, en defecto de tales reglas, por el sistema jurídico que presente los vínculos más estrechos con la relación jurídica de que se trate. Si diversos derechos fueran aplicables a diferentes aspectos de una misma situación jurídica o a diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso, esos derechos deberán ser armonizados por el juez, procurando realizar las adaptaciones necesarias para respetar las finalidades perseguidas por cada uno de ellos. La parte que se estime afectada por la vulneración de la presente norma y que lo haya alegado antes de la sentencia de primera instancia, podrá interponer en el momento procesal oportuno recurso de casación por la infracción, interpretación errónea o aplicación indebida de una ley de otro Estado contratante, en las mismas condiciones y casos que respecto del derecho nacional. Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones sean incompatibles con consecuencias que vulneren los principios fundamentales de orden público internacional que inspiran el ordenamiento jurídico costarricense.

¹² Ver J. J. OBANDO PERALTA, *Private International Law in Costa Rica*, The Netherlands, Kluwer Law, 2013, p. 54, en comentario de las sentencias 0939-E-2011 (11/8/2011); 0076-F-2001 (19/1/2001) 0766-F-2001 (26/9/2001), 0685F-2005 (22/9/2005); 0812-A-2001 (17/10/2001); 0837-A-2001 (24/10/2001), 0690-F-2006 (27/9/ 2006) todas de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en donde equívocamente citan las normas orden público interno como razones para rechazar la aplicación directa o indirecta de derecho extranjero.

interamericana sobre pruebas e información acerca del derecho extranjero para la probanza de derechos foráneos. Véase el siguiente cuadro comparativo:

Artículo 3 CIDIP sobre pruebas e información acerca del derecho extranjero	Artículo 6 del Proyecto de Código Procesal de Familia, reforma al Código de Familia
<p>Serán considerados medios idóneos a los efectos de esta Convención, entre otros, los siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. La 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. 	<p>Para poder demostrar lo anterior el juez podrá utilizar todos los mecanismos que considere necesarios y a su juicio podrá utilizar los siguientes recursos:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) La 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) Informes del Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su derecho sobre determinados aspectos.

En cuanto a reglas especiales, también se acudió a los textos de la CIDIP para resolver problemas relacionados con temáticas tales como obligaciones alimentarias. En efecto, la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias y el proyecto de ley, comparten las soluciones para la temática de los alimentos. Nótese esta interesante situación en el siguiente cuadro:

Artículos 6 y 7 CIDIP obligaciones alimentarias	Artículo 6 del proyecto de Código Procesal de Familia, reforma al Código de Familia	Artículos 8 y 9 CIDIP obligaciones alimentarias	Artículo 335 Proyecto de Código Procesal de Familia
Las obligaciones alimentarias, así como las calidades	Las obligaciones alimentarias,	Serán competentes en la esfera internacional para	Las pretensiones relativas a la prestación

<p>de acreedor y de deudor de alimentos, se regularán por aquel de los siguientes órdenes jurídicos que, a juicio de la autoridad competente, resultare más favorable al interés del acreedor:</p> <p>a. El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor;</p> <p>b. El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor.</p> <p>Serán regidas por el derecho aplicable de conformidad con el Artículo 6 las siguientes materias:</p> <p>a. El monto del crédito alimentario y los plazos y condiciones para hacerlo efectivo;</p> <p>b. La determinación de quienes pueden</p>	<p>así como las calidades de acreedor y de deudor de alimentos, se regularán por aquel de los siguientes órdenes jurídicos que, a juicio de la autoridad competente, resultare más favorable al interés del acreedor:</p> <p>1) El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor.</p> <p>2) El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor.</p> <p>Serán regidas por el derecho aplicable las siguientes materias: El monto del crédito alimentario y los plazos y condiciones para</p>	<p>conocer de las reclamaciones alimentarias, a opción del acreedor:</p> <p>a. El juez o autoridad del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor;</p> <p>b. El juez o autoridad del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor, o</p> <p>c. El juez o autoridad del Estado con el cual el deudor tenga vínculos personales tales como: posesión de bienes, percepción de ingresos, u obtención de beneficios económicos.</p> <p>Sin perjuicio de lo dispuesto en este artículo, se considerarán igualmente competentes las autoridades judiciales o administrativas de otros Estados a</p>	<p>alimentaria deben interponerse a opción del acreedor en cualquiera de los siguientes foros:</p> <p>1. El despacho o autoridad del estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor;</p> <p>2.El despacho o autoridad del estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor, o</p> <p>3. El despacho o autoridad del Estado con el cual el deudor tenga vínculos personales tales como: posesión de bienes, percepción de ingresos u obtención de beneficios económicos.</p> <p>Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, se considerarán Igualmente, competentes las</p>
--	---	---	---

<p>ejercer la acción alimentaria en favor del acreedor, y</p> <p>c. Las demás condiciones requeridas para el ejercicio del derecho de alimentos.</p>	<p>hacerlo efectivo; la determinación de quienes pueden ejercer la acción alimentaria en favor del acreedor, y las demás condiciones requeridas para el ejercicio del derecho de alimentos.</p>	<p>condición de que el demandado en el juicio, hubiera comparecido sin objetar la competencia.</p> <p>Serán competentes para conocer las acciones de aumento de alimentos, cualesquiera de las autoridades señaladas en el Artículo 8. Serán competentes para conocer de las acciones de cese y reducción de alimentos, las autoridades que hubieren conocido de la fijación de los mismos.</p>	<p>autoridades judiciales o administrativas de otros Estados a condición de que el demandado en el juicio hubiera comparecido sin objetar la competencia</p> <p>Serán competentes para conocer las acciones de aumento de alimentos, cualesquiera de las autoridades señaladas en los incisos anteriores.</p> <p>Serán competentes para conocer de las acciones de cese y reducción de alimentos, las autoridades que hubiesen conocido de la fijación de los mismos, excepto si el acreedor alimentario acepta la competencia de una autoridad judicial diversa.</p>
--	---	---	---

II. Segunda parte

1. La aplicación de las Convenciones CIDIPs en las decisiones judiciales en Costa Rica

Si bien como ya se ha indicado Costa Rica es parte de nueve Convenciones CIDIPs, su aplicación en el ámbito judicial ha sido exigua. Existen sin embargo algunos ejemplos que pueden ser mencionados a efectos de este reporte.

- Convención interamericana sobre régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero: En la sentencia 00291-2003, el Tribunal Segundo Civil, Sección I, analizó la validez de un poder especial judicial para ser utilizado en Costa Rica pero emitido frente a un notario estadounidense. El tribunal notó que al no ser Estados Unidos parte de la convención no podrían utilizarse los beneficios eventuales de sus reglas tales como evitar la obligatoriedad de la utilización de comparecencia en escritura pública frente a Notario para la celebración del contrato de mandato en que se otorga el poder¹³.

- Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias: Esta ha sido aplicada en al menos dos decisiones judiciales más solamente para reconocer la norma material especial de la misma en el artículo 4 en donde se reconoce el derecho a recibir alimentos sin discriminación. Por ejemplo, el Tribunal de Familia en decisión 1344-2010 indicó que “Le asiste razón a la incidentista cuando defiende que el derecho a alimentos tiene carácter fundamental. Así se reconoce en el artículo 4 de la Convención interamericana sobre

¹³ La sentencia indica que “Conocido es que el sistema legal estadounidense es diferente al nuestro, y los Notarios Públicos no son funcionarios como los nuestros, profesionales en derecho e investidos de fe pública. Por ese motivo y todos los antes señalados, las formalidades del poder aportado mediante el cual el señor Soler otorgó poder especial a favor del Ingeniero Summo ante un Notario estadounidense, carece de valor”. Como importante antecedente puede citarse también la resolución dictada por la antigua Sección Tercera del Tribunal Superior Contencioso Administrativo, N° 5323-96 de las diez horas cincuenta y cinco minutos, del trece de mayo de mil novecientos noventa y seis, emitida cuando conocía de los recursos promovidos contra las resoluciones del Director del Registro Público. En ese caso el abogado Carlos José Gutiérrez Gutiérrez (q.d.D.g.) pretendía inscribir un poder general judicial constante en un documento confeccionado ante la Notaría del Estado de New Jersey, Estados Unidos de América, por la Notaria Pública Sandra L. Frazier, a favor del Licenciado Gutiérrez para que representara a la compañía “Sea-Land Service Inc.” en nuestro país. Allí se analiza que en vista de que el documento no cumplía con las normas legales locales, y ante la ausencia de tratados o convenios que pudieran otorgar un trato especial, el documento había sido bien rechazado en el Registro Público. También es de importancia la circular DRP-040-94 sobre “Poderes otorgados en el extranjero”, publicada en la *Revista Bimestral del Registro Público*, n°3, Año 1, p. 34, que recoge los criterios registrales de relevancia y en este caso expresamente señala que “aquellos poderes sujetos a inscripción en este Registro, que hayan sido otorgados en estados que no formen parte de la Convención interamericana sobre el régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero, será inscribibles cuando del título se deduzca que cumple con las formalidades de escritura pública (comparecencia de partes ante notario, otorgamiento asentado en un protocolo, así como los otros requisitos establecidos en la mencionada circular, relativos a la legalización, traducción y demás)”.

obligaciones alimentarias, aprobada por Ley n 8053 de 8 de diciembre de 2000, en virtud del cual, "Toda persona tiene derecho a recibir alimentos, sin distinción de nacionalidad, raza, sexo, religión, filiación, origen o situación migratoria, o cualquier otra forma de discriminación". El mismo tribunal indicó una situación similar en su decisión 0019-2014¹⁴, siendo por ello que no ha existido en realidad un análisis ni de las normas de competencia, ni de las reglas sobre reconocimiento de decisiones extranjeras, ni tampoco sobre las normas de conflicto del tratado.

- Convención interamericana sobre restitución internacional de menores: La Convención ha sido citada en numerosas ocasiones en especial por el Tribunal de Familia de San José. Sin embargo, la cita del texto ha sido en la gran mayoría de los casos únicamente como apoyo doctrinario-normativo tanto en casos de regímenes de visitas en casos domésticos y en casos que poseen elementos de extranjería, ya sea que se presenta o no el presupuesto de aplicación de la Convención. Desafortunadamente, el Tratado no ha sido en realidad objeto de constante aplicación para el marco de institucionalidad y normas sustantivas creadas por el instrumento, máxime que Costa Rica no ha nombrado la autoridad central respectiva¹⁵.

¹⁴ El tribunal expresó que "Es indiscutible que el derecho a alimentos tiene carácter fundamental. Así se reconoce en el artículo 4 de la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias, aprobada por Ley N° 8053 de 08/12/2000, en virtud del cual, "Toda persona tiene derecho a recibir alimentos, sin distinción de nacionalidad, raza, sexo, religión, filiación, origen o situación migratoria, o cualquier otra forma de discriminación".

¹⁵ En las sentencias 469-2009;080-2009;1153-2008;1122-2008 y 0813-2008 entre otras, el Tribunal de Familia indicó sobre el concepto del derecho de visitas que de los progenitores ara con sus hijos que "El mismo concepto – para situaciones con elementos internacionales- maneja la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores, ratificada por Costa Rica en el 2001, en su artículo 3: "Artículo 3. Para los efectos de esta Convención: (...) b) El derecho de visitas comprende la facultad de llevar al menor por un periodo ilimitado a un lugar diferente al de su residencia habitual (...)" Adicionalmente el Tribunal de Familia en voto 1115-2011 indicó sobre el derecho de visitas que "El inciso b) del numeral 5 del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, adoptado en La Haya el 25 de octubre de 1980 y aprobado por la Asamblea Legislativa por Ley N° 7746 de 23 de febrero de 1998, lo define como "(...) el derecho de llevar al menor (*sic*), por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquél (*sic*) en que tiene su residencia habitual." En idéntico sentido se pronuncia la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores, adoptada en Montevideo el 15 de julio de 1989 y aprobada por la Asamblea Legislativa por Ley N° 8032 de 19/10/2000". El voto 0522-2003 en relación con el derecho de custodia el mismo Tribunal manifestó que "la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores, adoptada en la cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado el 15/07/1989 y aprobada por la Asamblea Legislativa por Ley N° 8032 de 09/10/2000 (artículo 3, inciso a), es la de "derecho de custodia", utilizada para describir la relación y las obligaciones entre uno de los progenitores y el hijo o la hija cuando este o esta no puede vivir con ambos y ha de estar bajo el cuidado primario de uno de ellos, con el cual residirá (custodia física) y quien ha de procurarle la plena satisfacción de sus necesidades y tomará las decisiones cotidianas sobre su crianza (custodia legal)".

Cabe resaltar que la convención fue aplicada al menos en una ocasión en relación con un proceso de restitución internacional. En la sentencia 0191-2012, el Tribunal de Familia anuló la sentencia del Juzgado de Niñez y Adolescencia en donde se ordenaba el retorno de dos menores venezolanos con su padre de la misma nacionalidad a su país de origen, dado que se encontraban en Costa Rica de forma temporal en virtud del trabajo de su padre como diplomático. Sin embargo, el Tribunal consideró que la residencia habitual de los menores se encontraba ya en Costa Rica y por ende determinó que no era procedente el retorno de ambos a Venezuela. La justificación del Tribunal fue basada de forma conjunta en el Convenio de la Haya y la Convención interamericano confirmándose la dependencia del tratado regional al global en la interpretación judicial¹⁶.

-Convención interamericana sobre domicilio de personas físicas en el Derecho internacional privado: Si bien Costa Rica no es estado miembro de dicho tratado, en la sentencia 0191-2012, el Tribunal de Familia mencionada en el párrafo anterior en donde se anuló la sentencia del Juzgado de Niñez y Adolescencia de las ocho horas y dieciocho minutos del veintisiete de diciembre de dos mil once la cual entre otros aspectos, fundamentó en la Convención interamericana sobre el domicilio de las personas físicas en el derecho internacional privado su tesis sobre el domicilio de un funcionario diplomático venezolano el cual estimó tanto él y su familia debían por considerarse como domiciliados en Venezuela, país acreditante y no en Costa

¹⁶ La sentencia indica que: “este proceso instaurado por la Autoridad Central, no reviste las características esenciales, que requieren tanto el Convenio de la Haya, como la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores, por cuanto sus hijos D y A, ambos G, no fueron trasladados, ni retenidos ilícitamente en Costa Rica, por parte de ella y el objetivo de la norma es la sustracción Internacional, artículo 1: La finalidad del presente Convenio será la siguiente: a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita. Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores, artículo 1: “La presente Convención tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados partes y hayan sido trasladados ilegalmente (...) o que habiendo sido trasladados legalmente, hubiesen sido retenidos ilegalmente.” El proceso de restitución no aplica en este caso, como puede apreciarse, pues debe analizarse cuál es la residencia habitual de los chicos y los presupuestos de traslado y retención ilícita en la especie. Cuando el propio Tribunal de Familia, en concurrencia con lo que estipula la Sala Constitucional, ha determinado quienes integran normas, han establecido con claridad que un menor no es trasladado ilícitamente cuando cuenta con el consentimiento por parte de ambos progenitores, siempre y cuando estos ostenten patria potestad, tampoco se puede hablar de retención ilegítima, pues “esta opera cuando uno de los progenitores niega la salida del menor de edad de su residencia habitual. En este caso, ambos progenitores estuvieron de acuerdo con trasladarse a vivir a Costa Rica y traer a los menores (hijos comunes de la pareja) a este país; por espacio de un año y siete meses, actualmente esa estadía supera los dos años y medio. El señor J siempre estuvo de acuerdo con dicha permanencia, pues conformó el núcleo familiar, residiendo todos juntos en la casa de habitación que él mismo alquiló, situación que consolida el arraigo de los menores a Costa Rica (...)”.

Rica. Sin embargo, dicha posición fue revertida por el Tribunal de Familia haciendo prevalecer el concepto de residencia habitual para lo cual sin embargo no hubo tampoco un análisis sobre la aplicabilidad como tal de la Convención para Costa Rica al no ser un estado miembro del tratado¹⁷.

De todo el análisis anterior es claro que la influencia de las Convenciones CIDIPs en Costa Rica es limitado más no inexistente. Es evidente que una mayor publicidad de los instrumentos regionales podría generar un impacto mayor en la cultura jurídica nacional y con ello facilitarse una solución más adecuada de los casos, que no son pocos, en donde son aplicables los tratados generados en el marco de la CIDIP.

¹⁷ En la decisión judicial el Tribunal de Familia explica que “Cabe analizar aquí además que pese al desacuerdo del padre en que los niños permanezcan aquí, su regreso a posteriori a Venezuela no es una consecuencia de haber finalizado su contrato de trabajo (con la expiración del contrato se trataría de una residencia temporal en Costa Rica); lo cual no sucede en la especie pues el padre, no finaliza o concluye su contrato sino que renuncia voluntariamente a su trabajo perdiendo consecuentemente su condición de diplomático; pero ni la esposa, ni los chicos pierden esa condición porque ellos nunca la ostentaron; la señora I no es, ni fue diplomática acreditada a la Embajada de Venezuela en Costa Rica, con un contrato laboral. Menos aún, los niños, a lo sumo gozaban de alguna prerrogativa de orden económico sobre todo en la condición de constituir el núcleo familiar de un funcionario acreditado en la Embajada de su país, en territorio nacional. Consecuentemente, resulta erróneo aplicar en este caso la Convención interamericana sobre domicilio de personas físicas en el derecho internacional privado, así como el Código de Bustamante, como lo hace la señora jueza *a quo*, para de este modo determinar a Venezuela como el domicilio actual de los menores G. La residencia habitual de los menores es Costa Rica”.

Aplicación e influencia de las Convenciones interamericanas de Derecho internacional privado (CIDIPs) en el ordenamiento jurídico chileno

Jaime Gallegos Zúñiga*

Sumario: I. Introducción. II. Recuento general de Convenciones interamericanas ratificadas por Chile. III. Cooperación judicial internacional, el Anteproyecto de ley chilena de Derecho internacional privado y la Convención interamericana sobre exhortos y cartas rogatorias, de 1975. IV. Normas generales de Derecho internacional privado, el Anteproyecto de ley chilena de Derecho internacional privado y la recepción de criterios presentes en la Convención interamericana sobre normas generales de Derecho internacional privado, de 1979. V. Derecho aplicable a los contratos internacionales, el Anteproyecto de ley chilena de Derecho internacional privado y la recepción de criterios presentes en la Convención interamericana de derecho aplicable de los contratos internacionales, de 1994. VI. Otros capítulos en los cuales se tuvo presente los criterios de distintas convenciones interamericanas. VII. Reflexiones finales.

I. Introducción

Aun cuando son variados los instrumentos de la CIDIP ratificados por Chile, aquel que suele ser mayormente invocado por los tribunales de justicia es la Convención interamericana sobre exhortos y cartas rogatorias, de 1975, cuyas disposiciones también se tuvieron a la vista en la redacción de anteproyecto de ley de Derecho internacional privado, (DIPr) elaborada por un grupo de especialistas, por encargo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Por este motivo, expondremos el capítulo sobre cooperación que se propone en el anteproyecto, relacionando esta iniciativa con la manera cómo los tribunales nacionales han aplicado el apuntado instrumento interamericano.

* Profesor asociado de la Universidad de Chile, miembro del Directorio de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado y editor de su Revista Chilena de Derecho Internacional Privado.

Por otro lado, aun cuando Chile no ratificó la convención interamericana sobre normas generales de DIPr, de 1979, ni aquella relativa a derecho aplicable a los contratos internacionales, de 1994, creemos interesante exponer cómo varias de sus disposiciones, en mayor o menor medida, son recogidas en el mencionado anteproyecto.

II. Recuento general de Convenciones interamericanas ratificadas por Chile

Respecto de los instrumentos aprobados en la primera Conferencia interamericana de DIPr, celebrada en Panamá, en 1975, Chile ratificó las convenciones interamericanas sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas¹; aquella sobre conflictos de leyes en materia de cheques; la sobre arbitraje comercial internacional²; aquella sobre exhortos o cartas rogatorias; la sobre recepción de pruebas en el extranjero³, y aquella sobre régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero.

Luego, como resultado de la Conferencia Especializada de 1979, celebrada en Montevideo, Uruguay, se aprobó la Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de cheques, que fue ratificada por Chile, como también la Convención interamericana sobre pruebas e información acerca del derecho extranjero⁴ y el Protocolo Adicional a la convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias. De los resultados de esta reunión, no fueron ratificadas por Chile las convenciones interamericanas

¹ La Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas, ha sido aplicada por los tribunales de justicia (SCS, rol n° 2349-2005), en específico su artículo 4°, en lo que toca a los efectos puntuales de la invalidez de una cláusula contractual, que no afecta a todo el contrato.

² La Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional, si bien es mencionada por los tribunales (SCS, rol n° 4390-2010; SCA de Santiago, rol n° 1971-2012), en cierta medida, pasa a ser irrelevante, en el sentido de que sigue los mismos criterios que la Convención de Nueva York, y se cita en conjunto con ese instrumento, cuyas reglas si se analizan con detención por parte de los tribunales.

³ La Convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero fue aplicada por los tribunales (SCS, rol N° 42598-2021), que admite que ese instrumento se aplique para diligencias desarrolladas en el ámbito penal, en este caso para una causa que involucraba a Chile y Argentina.

⁴ Si bien suele aludirse a ella en una respuesta estandarizada que emite el Registro de Conservador de Bienes Raíces (véase causas (26 JCS, V-66-2016; 21 JCS, V- 251-201314 JCS, V-295-1998) los tribunales de justicia no han atendido o aplicado sus disposiciones.

También vale la pena destacar en la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República (Dictamen n° 37.354, de 2013), se hizo alusión general a este instrumento para acreditar que determinados gastos suponen un imperativo que deben cumplir las misiones diplomáticas de Chile en el exterior, pero sin entrar a un análisis detallado de sus disposiciones.

sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles, aquella sobre domicilio de las personas físicas en el DIPr, la relativa a ejecución de medidas cautelares, la de normas generales de DIPr, sobre la cual nos referiremos más adelante, ni tampoco, la convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros.

Más adelante, como resultado de la Conferencia Especializada de 1984, celebrada en La Paz, Bolivia, Chile ratificó la Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores⁵, pero no hizo lo mismo con las Convenciones interamericanas sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras, aquella sobre personalidad y capacidad de personas jurídicas en el DIPr en el extranjero, ni el Protocolo Adicional a la Convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero.

En lo que se refiere a las conferencias posteriores, de 1989 y 1994, Chile no ratificó ninguno de sus instrumentos, quedando al margen de las convenciones interamericanas sobre contrato de transporte internacional de mercadería por carretera, aquella sobre restitución internacional de menores y de la relativa a obligaciones alimentarias, como también de las convenciones Interamericana sobre tráfico internacional de menores y la referente a derecho aplicable a los contratos internacionales.

III. Cooperación judicial internacional, el Anteproyecto de ley chilena de Derecho Internacional Privado y la Convención interamericana sobre exhortos y cartas rogatorias, de 1975

En el Anteproyecto de ley de DIPr, que fue encargado a la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado y a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, se contempló un Título V, sobre cooperación jurídica internacional, en cuyo Capítulo I, se menciona que tuvo como fuentes inspiradoras⁶ a la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, de 1975, y a la Convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero, del mismo año, instrumentos ambos ratificados por Chile, como se indicó previamente.

⁵ La Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores fue aplicada por los tribunales (SCA de San Miguel, rol n° 370-2012), en específico su artículo 19, que brinda una regla hermenéutica que apunta a favorecer la adopción, procurando obtener el beneficio del adoptado.

⁶ Disponible en: [https://derecho.uchile.cl/dam/jcr:4a856770-c5b2-4eb6-8d40-0ab3c5549d25/Exposici%C3%B3n%20de%20Motivos%20\(final\).pdf](https://derecho.uchile.cl/dam/jcr:4a856770-c5b2-4eb6-8d40-0ab3c5549d25/Exposici%C3%B3n%20de%20Motivos%20(final).pdf)

La Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, tiene una aplicación recurrente por parte de los tribunales⁷, y por ello, nos parece adecuado revisar cómo varias de las reglas de ese instrumento regional se plasman, en mayor o menor medida, en la regulación autónoma que se propone con el anteproyecto.

En efecto, el artículo 77 n° 1 del anteproyecto establece que se regula la cooperación jurídica internacional entre las autoridades judiciales o arbitrales chilenas y extranjeras en materia civil, comercial, administrativa, laboral⁸ y de familia.

Luego, en el artículo 77 n° 3, se establece que de modo autónomo que las autoridades chilenas deben cooperar con las autoridades extranjeras en las materias objeto de esa preceptiva, aunque no existan tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes con el Estado al que pertenece dicha autoridad.

Precisándose, en el artículo 77 n° 4 que la asistencia que forma parte de la cooperación jurídica internacional y de obtención y práctica de pruebas comprende, entre otros actos⁹: a) notificación de resoluciones y sentencias; b) recepción de testimonios y declaraciones de personas; c) citación de testigos y peritos a fin de que rindan testimonio o informen, en su caso; d) práctica de medidas precautorias y embargo de bienes¹⁰; e) realización de inspecciones o

⁷ SCS, rol n° 40.879-2022; SCS, rol n° 5.799-2019; SCS, rol n° 1419-10; SCorte de Apelaciones de San Miguel, rol n° 1509-2020), en específico su artículo 2°, sobre ámbito de aplicación. En otros casos, si bien las partes la invocan, los tribunales no se hacen cargo de lo alegado sobre el particular (SCS, rol n° 12.710-2018 y SCS, rol n° 45128-2021).

⁸ Cabe tener presente que con arreglo a lo previsto en los artículos 2 y 16 de la Convención interamericana sobre exhortos y cartas rogatorias, su ámbito natural sólo se limita a aspectos civiles y comerciales, y se requiere declaración expresa para hacer extensivo su ámbito a cuestiones laborales y administrativas.

⁹ La convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, en sus artículos 2 y 3 establece que ese instrumento se aplica a los exhortos o cartas rogatorias expedidos en actuaciones y procesos en materia civil o comercial por los órganos jurisdiccionales de uno de los Estados Parte en esta Convención, y que tengan por objeto: a. La realización de actos procesales de mero trámite, tales como notificaciones, citaciones o emplazamientos en el extranjero; b. La recepción y obtención de pruebas de informes en el extranjero, salvo reserva expresa al respecto.

Y que no se aplica a ningún exhorto o carta rogatoria referente a actos procesales distintos de los mencionados en el Artículo anterior; en especial, no se aplicará a los actos que impliquen ejecución coactiva.

¹⁰ Debe observarse que, hasta el momento, los tribunales de justicia chilenos han sostenido que los exhortos no son la vía para solicitar se practiquen embargos, ya que estas no son diligencias de mero trámite, requiriéndose para ello que se someta al trámite de exequatur. Así, por ejemplo, se rechazó el embargo que un tribunal uruguayo (Estado Parte de la Convención interamericana sobre exhortos y cartas rogatorias) solicitó tramitar, vía exhorto, a los tribunales chilenos (SCS, rol n° 40525-2022, Rodríguez Arralde con Proteus Compañía de Pesca), y también otros requerimientos planteados desde ese mismo país, el primero de ellos, que buscaba que por vía de exhorto se requiriese de pago de alimentos y la empresa

incautaciones; f) examinar objetos y lugares; g) desplazamiento al extranjero de autoridades judiciales chilenas o autorización para que autoridades judiciales extranjeras puedan intervenir en diligencias procesales realizadas en Chile; h) exhibición de documentos judiciales; i) obtención y remisión de documentos, informes, información y elementos de prueba, y j) cualquier otra diligencia de mero trámite o de prueba, siempre que hubiere acuerdo entre el Estado requirente y el Estado requerido.

Luego, el artículo 78 n° 1 del Anteproyecto se refiere a la autoridad central, señalando que las solicitudes de cooperación jurídica internacional que se reciban o envíen desde o hacia el extranjero, respectivamente, a través de la autoridad central¹¹ designada al efecto, -la que debe velar por su oportuna tramitación y cumplimiento de los requisitos formales de admisibilidad previstos en los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes y, en subsidio, en los señalados en la ley.

Precisándose que, a falta de tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes en esta materia, las funciones de autoridad central son cumplidas por la Corte Suprema.

Un aspecto interesante de destacar es que el artículo 79 del Anteproyecto contempla que los tribunales chilenos están autorizados para mantener comunicaciones judiciales directas con autoridades judiciales extranjeras, siempre que se respete la legislación en vigor en cada Estado.

Ahora bien, y volviendo a la regla general, el artículo 80 n° 1 del Anteproyecto preceptúa que los exhortos o cartas rogatorias que formulen las autoridades judiciales chilenas deben ser remitidas al extranjero a través de la autoridad central de Chile¹².

donde el alimentante prestaba sus servicios retuviera las sumas adeudadas (SCS, rol n° 4010-2014, *Silveira c. Martínez*; SCS, rol n° 24058-2014). Otro tanto ha ocurrido con embargo y secuestro solicitado por juzgado de familia colombiano vía exhorto (SCS, rol n° 1577-2016), en fallo de un tribunal ecuatoriano que ordenaba el pago de una pensión alimenticia (SCS, rol n° 25401-2014, *Montalvo c. Cabezas*) y en el de un tribunal español que perseguía ese mismo propósito (SCS, rol n° 1872-2012, *Faiya Garnelo*). Criterio que también se presenta en otros fallos dictados por el máximo tribunal (SCS, rol n° 139840-2020, *Rocha López c. Fernández Soto*; SCS, rol n° 27553-2020, *Rocha López c. Fernández Soto*; SCS, rol n° 34054-2016; SCS, rol n° 3600-2015, *Hidalgo con Santos*; SCS, rol n° 16242-2015; SCS, rol n° 6052-2009).

Ahora bien, cuando no se han pedido medidas compulsivas, sino que meramente se ha requerido de pago a alimentante demandado, se ha dado curso a exhorto solicitado por un tribunal de Brasil (SCS, rol n° 4850-2014).

¹¹ La convención interamericana contempla como uno de los canales las autoridades centrales, pero admite otras vías, al indicar en su artículo 4 que los exhortos o cartas rogatorias pueden ser transmitidos al órgano requerido por las propias partes interesadas, por vía judicial, por intermedio de los funcionarios consulares o agentes diplomáticos o por la autoridad central del Estado requirente o requerido según el caso.

¹² A tal efecto la autoridad central es la Corte Suprema, la cual da curso a los exhortos solicitados, así puede apreciarse en causa en que el Instituto Nacional de Propiedad

Añadiendo, en el artículo 80 n° 2 del anteproyecto, que la transmisión puede realizarse por cualquier medio que garantice la seguridad y confidencialidad de las comunicaciones y que los documentos sean auténticos y legibles, incluidos correos electrónicos institucionales con firma electrónica.

A su vez, previo al examen de admisibilidad formal que realice la autoridad central de Chile, de acuerdo con el artículo 81 n° 1 del anteproyecto, los exhortos o cartas rogatorias que se reciban desde el extranjero deben ser transmitidos para su ejecución al tribunal correspondiente al lugar donde deba ejecutarse la diligencia¹³.

En lo que toca a los requisitos que deben cumplirse para la tramitación, el artículo 82 del anteproyecto establece que las solicitudes de cooperación jurídica internacional que formulen las autoridades judiciales chilenas y aquellas que se reciban desde el extranjero, deben mencionar y acompañar¹⁴:

Intelectual (de Chile) pide se practique un exhorto en Colombia, invocando para ello la Convención interamericana sobre exhortos y cartas rogatorias (SCS rol n° 10722-23, Gerflor SA/Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia). Como también en exhorto dirigido a Chile desde México, en específico del Instituto Mexicano de Propiedad Industrial (SCS, rol n° 40879-22, The Gillette Company Llc / Asia Shipping International Chile SpA). También en exhorto solicitado a practicar ante tribunales argentinos (SCS, rol n° 11655-2017, FNE c. Fresenius y otros). También en la causa SCS, rol n° 5450-2022, FNE c. The Walt Disney Company).

¹³ Sobre este particular, debe tenerse en cuenta que la Corte Suprema de Chile no admite que las notificaciones de las demandas se practiquen por vía consular, sin perjuicio que esta alternativa se encuentre prevista en la Convención interamericana sobre exhortos y cartas rogatorias, y requiere que tales diligencias se canalicen a través de la autoridad central, así se verificó en un caso en que se pedía el exequatur de una sentencia dictada en Perú (país que como Chile ratificó la anotada convención), que condenaba al pago de alimentos, frente a lo cual el máximo tribunal chileno estimó que el demandado no había sido debidamente emplazado (SCS, rol n° 5799-2019, Quezada Flores con Gajardo Muñoz).

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que, en otros trámites, en procesos de naturaleza penal, los tribunales de justicia de Chile han encomendado a delegaciones consulares chilenas en el extranjero (Consulado de Chile en Costa Rica) que actúe como ministro de fe en audiencia de prueba anticipada, en causa sobre abuso sexual a menor de edad (SCS, rol n° 235576-2023, Héctor Padilla Salgado).

¹⁴ En cuanto a los requisitos formales, la Convención interamericana de exhortos y cartas rogatorias dispone, en su artículo 5, que los exhortos o cartas rogatorias se cumplirán en los Estados Parte siempre que reúnan los siguientes requisitos: a. Que el exhorto o carta rogatoria se encuentre legalizado, salvo lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Convención. Se presumirá que el exhorto o carta rogatoria se halla debidamente legalizado en el Estado requirente cuando lo hubiere sido por funcionario consular o agente diplomático competente; b. Que el exhorto o carta rogatoria y la documentación anexa se encuentren debidamente traducidos al idioma oficial del Estado requerido.

Luego, el artículo 8° de ese mismo instrumento dispone que los exhortos o cartas rogatorias deben ir acompañados de los documentos que se entregarán al citado, notificado o emplazado, y que serán: a. Copia autenticada de la demanda y sus anexos, y de los escritos o resoluciones que sirvan de fundamento a la diligencia solicitada; b. Información escrita acerca de cuál es el órgano jurisdiccional requirente, los términos de que dispusiere la persona afectada para actuar, y las advertencias que le hiciera dicho órgano sobre las consecuencias

1. La identificación de la autoridad requirente y requerida; 2. La naturaleza y objeto del juicio o gestión en que se formula; 3. El nombre y domicilio de las partes o intervinientes del proceso, así como de la persona a que se refiere la diligencia. Los datos que se entreguen no podrán ser utilizados para fines diversos a los de la solicitud, sin expresa autorización de la autoridad del Estado requirente; 4. Una copia de la solicitud y resolución judicial que ordena el envío y tramitación del exhorto o carta rogatoria; 5. Una descripción detallada de la diligencia solicitada y del plazo para su ejecución; 6. Una traducción fiel de los documentos remitidos al idioma del Estado requirente o requerido; 7. La legalización o apostilla de los documentos remitidos, en caso de que corresponda¹⁵, y 8. Cualquier otro documento que sea necesario para la correcta ejecución de la diligencia.

Asimismo, el artículo 83 n° 1 del anteproyecto precisa que las diligencias que deban practicarse en Chile deben ejecutarse a la legislación chilena¹⁶, sin perjuicio de que la autoridad extranjera pueda sugerir algún trámite especial en la ejecución¹⁷.

Añadiendo que las diligencias deben realizarse con rapidez y oportunidad, pudiendo utilizarse para ello cualesquiera medios técnicos y electrónicos de comunicación que fueran necesarios, incluida videoconferencia para la práctica de pruebas testimoniales y periciales entre la autoridad judicial chilena y extranjera.

que entrañaría su inactividad; c. En su caso, información acerca de la existencia y domicilio de la defensoría de oficio o de sociedades de auxilio legal competentes en el Estado requirente.

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que en casos en que no se han acompañado todos los documentos exigidos, la Corte Suprema ha devuelto los exhortos solicitados, invocando esta preceptiva (SCS, rol n° 24252-2019, Flores Alosi c. Paredes Hunter; SCS, rol n° 954-2014. Moltedo).

¹⁵ Debe hacerse presente que el artículo 6 de la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias y el artículo 13 de la Convención interamericana sobre recepción de prueba en el extranjero disponen que cuando los exhortos o cartas rogatorias se transmitan por vía consular o diplomática o por intermedio de la autoridad central resulta innecesario el requisito de la legalización.

¹⁶ Norma que resulta consistente con lo previsto en el artículo 10 de la Convención interamericana sobre exhortos y cargas rogatorias, que dispone que los exhortos o cartas rogatorias se tramitan de acuerdo con las leyes y normas procesales del Estado requerido.

A solicitud del órgano jurisdiccional requirente podrá otorgarse al exhorto o carta rogatoria una tramitación especial, o aceptarse la observancia de formalidades adicionales en la práctica de la diligencia solicitada, siempre que ello no fuera contrario a la legislación del Estado requerido.

¹⁷ Alternativa que también se contempla en el artículo 6° de la Convención interamericana sobre recepción de prueba en el extranjero, el cual dispone que, a solicitud del órgano jurisdiccional del Estado requirente puede aceptarse la observancia de formalidades adicionales o de procedimientos especiales adicionales en la práctica de la diligencia solicitada a menos que sean incompatibles con la legislación del Estado requerido o de imposible cumplimiento por éste.

Por otro lado, el artículo 84 n° 1 del Anteproyecto establece que las autoridades chilenas deben denegar cuando: a) El objeto o finalidad de la cooperación solicitada sea manifiestamente contrario al orden público internacional de Chile¹⁸ o se trate de una materia de competencia exclusiva de los tribunales chilenos; b) No sea posible ejecutar la diligencia dentro del plazo solicitado por el tribunal requirente, o c) La solicitud de cooperación internacional no reúna el contenido y requisitos formales mínimos exigidos para su tramitación.

Más adelante, el artículo 85 del anteproyecto contempla que los gastos y costas de ejecución de los exhortos o cartas rogatorias son de cargo de los interesados¹⁹ a instancia de los cuales se formuló el exhorto internacional.

A su vez, el artículo 86 n° 3 del Anteproyecto prevé que la prueba practicada y obtenida en el extranjero sólo producirá efectos en un proceso judicial en Chile si respeta las garantías previstas en la ley chilena y en los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes²⁰.

IV. Normas generales de Derecho internacional privado, el Anteproyecto de ley chilena de Derecho Internacional Privado y la recepción de criterios

¹⁸ Cuestión que resulta consistente con lo previsto en el artículo 17 de la Convención interamericana sobre exhortos y cartas rogatorias y el artículo 16 de la Convención interamericana sobre recepción de prueba en el extranjero.

¹⁹ Disposición que resulta consistente con lo previsto en el artículo 12 de la Convención interamericana sobre exhortos y cartas rogatorias, y el artículo 7° de la Convención interamericana sobre recepción de prueba en el extranjero, los cuales disponen que en el trámite y cumplimiento de exhortos o cartas rogatorias las costas y demás gastos correrán por cuenta de los interesados.

Será facultativo del Estado requerido dar trámite al exhorto o carta rogatoria que carezca de indicación acerca del interesado que resultare responsable de los gastos y costas cuando se causaren. En los exhortos o cartas rogatorias o con ocasión de su trámite podrá indicarse la identidad del apoderado del interesado para los fines regales. Añadiendo que el beneficio de pobreza se regula por las leyes del Estado requerido.

²⁰ En lo que se refiere a requisitos formales, los artículos 4° y 5° de la Convención interamericana sobre recepción de prueba en el extranjero, disponen que los exhortos o cartas rogatorias en que se solicite la recepción u obtención de pruebas o informes en el extranjero deberán contener la relación de los elementos pertinentes para su cumplimiento, a saber: 1. Indicación clara y precisa acerca del objeto de la prueba solicitada; 2. Copia de los escritos y resoluciones que funden y motiven el exhorto o carta rogatoria, así como los interrogatorios y documentos que fueran necesarios para su cumplimiento; 3. Nombre y dirección tanto de las partes como de los testigos, peritos y demás personas intervinientes y los datos indispensables para la recepción u obtención de la prueba; 4. Informe resumido del proceso y de los hechos materia del mismo en cuanto fuere necesario para la recepción u obtención de la prueba; 5. Descripción clara y precisa de los requisitos o procedimientos especiales que el órgano jurisdiccional requirente solicitare en relación con la recepción u obtención de la prueba. Añadiéndose que los exhortos o cartas rogatorias relativos a la recepción u obtención de pruebas se cumplirán de acuerdo con las leyes y normas procesales del Estado requerido.

presentes en la Convención interamericana sobre normas generales de Derecho internacional privado, de 1979

En el Título I, del anteproyecto, sobre normas generales, la Convención interamericana sobre normas generales de DIPr, de 1979 que, como se dijo, no fue ratificado por Chile, fue uno de los instrumentos tenidos en cuenta por la comisión a la hora de su redacción.

Sobre el particular encontramos cercanía entre lo previsto en el artículo 16, en sus numerales 1 y 2 del anteproyecto, que disponen, respectivamente: Los jueces y autoridades chilenas, cuando así lo determinen las normas de conflicto chilenas, estarán obligados, de oficio, a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces u órganos administrativos del Estado a cuyo ordenamiento éste pertenece, lo cual no impide que las partes puedan contribuir a determinar el texto, vigencia, sentido y alcance del derecho extranjero invocado, con lo establecido en el artículo 2° de la Convención interamericana sobre normas generales, que indica que los jueces y autoridades de los Estados Partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada.

En tanto que lo previsto en el n° 5 del artículo 16 del anteproyecto, que dispone que todos los recursos y acciones judiciales otorgados por la ley chilena serán igualmente procedentes para los casos en que corresponda la aplicación del derecho extranjero, resulta análogo a lo previsto en el artículo 4° de la Convención interamericana sobre normas generales.

Luego, el artículo 20 del Anteproyecto, manifiesta que los derechos válidamente adquiridos o constituidos en el extranjero al amparo del Derecho de otro Estado, con el cual presenten vínculos más estrechos, tendrán eficacia en Chile en la medida en que sean compatibles con el orden público internacional de este país, cuestión que guarda armonía con lo previsto en el artículo 7° de la Convención interamericana sobre normas generales, que dispone que las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado Parte de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en los demás Estados Partes, siempre que no sean contrarias a los principios de su orden público.

A su turno, la solución dada por el artículo 21 del anteproyecto, acerca de cuestiones previas²¹, da una respuesta más clara, a nuestro entender, a la

²¹ Artículo 21. Cuestión previa. Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, se regirán por las normas de conflicto aplicables a cada una de ellas por separado, conforme lo determine la norma de conflicto del tribunal que conoce del asunto.

contemplada en el artículo 8° de la Convención interamericana sobre normas generales²².

Por otra parte, debe advertirse que el anteproyecto, no contempla, a diferencia de lo que hace el artículo 9° de la Convención interamericana sobre normas generales²³, una norma que procure armonizar los distintos ordenamientos que pudieren resultar simultáneamente aplicables a una situación jurídica.

En tanto que la excepción de orden público y la exclusión que se genera con las normas imperativas se prevé en el artículo 22 del Anteproyecto²⁴, siguiendo una lógica prevista en el artículo 5° de la Convención interamericana sobre normas generales²⁵.

Luego, en lo que toca al fraude a la ley, la solución dada por el Anteproyecto -en su artículo 23- apunta a desconocer los efectos si con ello se defrauda la ley chilena, mientras que, en la Convención interamericana, en el artículo 6°²⁶, se presenta una lógica más amplia, dado su carácter multilateral, frente a una norma doméstica, puesto que apunta a desconocer los efectos si se defrauda las normas de un Estado Parte.

En lo que se refiere a sistema plurilegislativos²⁷, el Anteproyecto contempla en su artículo 24 que cuando un Estado esté integrado por dos o

²² Artículo 8. Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal no deben resolverse necesariamente de acuerdo con la ley que regula esta última.

²³ Artículo 9. Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones.

Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto.

²⁴ 1. En ningún caso se aplicará el derecho extranjero cuando resulte contrario al orden público internacional de Chile; 2. En ningún caso se aplicará el derecho extranjero cuando resulte contrario a normas imperativas chilenas de aplicación necesaria.

²⁵ Artículo 5. La ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considerare manifiestamente contraria a los principios de su orden público.

²⁶ Artículo 6. No se aplicará como derecho extranjero, el derecho de un Estado Parte, cuando artificiosamente se hayan 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.

²⁷ Por su parte, la Convención Interamericana de Derecho aplicable a los contratos de México, de 1994, sobre esta materia dispone, en su artículo 22, que: a) cualquier referencia al derecho del Estado contempla el derecho en la correspondiente unidad territorial; b) cualquier referencia a la residencia habitual o al establecimiento en el Estado se entenderá referida a la residencia habitual o al establecimiento en una unidad territorial del Estado. Añadiendo en el artículo 23 que un Estado compuesto de diferentes unidades territoriales que tengan sus propios sistemas jurídicos en cuestiones tratadas en esa Convención no estará obligado a aplicar las normas de esta Convención a los conflictos que surjan entre los sistemas jurídicos vigentes en dichas unidades territoriales.

más unidades territoriales con sus propias normas jurídicas, las normas internas de dicho Estado determinarán la unidad territorial cuyas normas jurídicas deben ser aplicadas.

V. Derecho aplicable a los contratos internacionales, el Anteproyecto de ley chilena de Derecho Internacional Privado y la recepción de criterios presentes en la Convención interamericana de derecho aplicable de los contratos internacionales, de 1994

En la redacción del Capítulo X del Título III del Anteproyecto de ley, sobre los contratos internacionales, se tuvo a la vista la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, suscrita en Ciudad de México, en 1994.

Entrando a sus disposiciones, podemos apreciar que en el artículo 52 dispuso que el contrato internacional se rige por la ley elegida por las partes, lo cual guarda armonía con lo previsto en el artículo 7° de la Convención interamericana de derecho aplicable a los contratos internacionales.

Se precisa que las partes pueden escoger: a) La ley aplicable a la totalidad o a una parte del contrato, y b) Diferentes leyes para diferentes partes del contrato²⁸.

Añadiendo que la elección puede realizarse o modificarse en cualquier momento²⁹, precisando que una elección o alteración realizada con posterioridad a la celebración del contrato no debe afectar su validez formal ni los derechos de terceros.

A su vez, el Anteproyecto no se requiere vínculo entre la ley elegida y las partes o el contrato al que rige³⁰.

Por otro lado, el anteproyecto, en su artículo 53, prevé que las partes pueden elegir, como ley aplicable al contrato, normas de Derecho, costumbre o principios generalmente aceptados a nivel internacional, supranacional o regional³¹, salvo que lo prohíba expresamente la ley del foro. Agregando que, los vacíos que estas normas, costumbres o principios dejaren deben ser suplidos por aquellas de la ley aplicable al contrato en ausencia de elección de ley.

El anteproyecto, en su artículo 54, admite la elección expresa o tácita³², precisando que para que sea tácita debe desprenderse de forma clara e

²⁸ Esta prerrogativa también se encuentra presente en los artículos 7 y 9 de la Convención de México, de 1994.

²⁹ Esta posibilidad también se contempla en el artículo 8 de la Convención de México.

³⁰ Posibilidad que se admite en los artículos 7 y 2 de la Convención de México, de 1994.

³¹ Posibilidad que, aunque no es pacífico, se admitiría en los artículos 9, 10 y 15 de la Convención de México, de 1994.

³² Recogiendo una tendencia presente en el artículo 7 de la Convención de México de 1994.

inequívoca de la conducta de las partes o³³ de las cláusulas contractuales o de las circunstancias del caso. Agregando que un acuerdo entre las partes para otorgar competencia a un tribunal judicial o arbitral para resolver los conflictos vinculados al contrato no constituirá, por sí solo, una elección de ley aplicable³⁴.

En el artículo 56 del Anteproyecto se aborda la separabilidad de la cláusula al indicar que no se puede impugnar la elección de la ley aplicable únicamente sobre la base de que el contrato al que se aplica no es válido³⁵.

Por otro lado, en materia contractual, en el anteproyecto se excluye el reenvío en el artículo 57, al disponer que la elección de la ley aplicable no incluye las normas de conflicto de la ley elegida por las partes, a menos que éstas establezcan expresamente lo contrario³⁶.

A falta de elección (o si ésta fuera ineficaz), el anteproyecto -en su artículo 58- decantó por sujetar, en primer término, a ley aplicable del Estado donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica -criterio que, como se sabe se contempla en el artículo 4º del Reglamento Roma I, buscando alcanzar una mayor certeza *a priori*.

Al efecto, se entiende por prestación característica³⁷ del contrato, aquella que sirve para singularizar el contrato como de un tipo u otro y que, en general, es distinta del pago.

Con todo, se brinda un margen al juzgador, al disponer, con el carácter de cláusula de excepción, que, si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos “manifiestamente” más estrechos con otro Estado, distinto del indicado, debe aplicarse la ley de este otro Estado, y para tales efectos, el tribunal debe tomar en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del acuerdo de voluntades.

³³ Sobre este punto debe tenerse en cuenta que la Convención de México, de 1994, en su artículo 7, establece que para dilucidar la elección tácita debe atenderse a la conducta de las partes “y” las cláusulas contractuales, aspecto que no sigue el anteproyecto chileno, que bien admite que ello se pueda desprender de uno u otro elemento.

³⁴ Siguiendo la tendencia presente en el artículo 7 inciso segundo de la Convención de México, de 1994.

³⁵ Aspecto que también se encuentra presente en el artículo 12 de la Convención de México, de 1994.

³⁶ Con lo cual se sigue una tendencia presente en el artículo 17 de la Convención de México, de 1994.

³⁷ Con esta opción los comisionados desecharon la alternativa seguida en el artículo 9 de la Convención de México, de 1994, de entregar la decisión directamente al juzgador, ordenando que, sin estas pautas previas, aplique el derecho con el cual presente los vínculos más estrechos.

VI. Otros capítulos en los cuales se tuvo presente los criterios de distintas Convenciones interamericanas

De la revisión de la Exposición de Motivos del Anteproyecto se observa que en la redacción del Capítulo II, del Título III, sobre estatuto personal, se tuvo presente la Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles, de 1979, y la Convención interamericana sobre personalidad y capacidad de personas jurídicas en el Derecho Internacional Privado, de 1984.

Asimismo, en el capítulo III, de ese mismo Título III, sobre las relaciones de familia, se tuvo a la vista la Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores, de 1984, y la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias, de 1989.

En tanto que en el Título IV, sobre reconocimiento extraterritorial de actos y decisiones extranjeras, se puede ver que se tuvo a la vista la Convención interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras, de 1984, instrumento, que, como se anticipó, no fue ratificado por Chile.

A su vez, dentro de este mismo Título, en el Capítulo III sobre los procedimientos de sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes, en los artículos 89 y 90 del anteproyecto, se expresa que se tuvo como fuente la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores, de 1989, que, como se dijo, tampoco fue ratificada por Chile, debiendo advertirse que la preceptiva propuesta fija un procedimiento autónomo que difiere de los elementos propios de un acuerdo multilateral mencionado.

VII. Reflexiones finales

Como ha podido exponerse, si bien las Convenciones interamericanas no han sido en gran medida ratificadas por Chile, la experiencia práctica que deja una de ellas, especialmente la relativa a exhortos y cartas rogatorias se tuvo especialmente en cuenta a la hora de configurar las nuevas propuestas del proyecto.

Por otro lado, dos Convenciones interamericanas no ratificadas por Chile, como son las de normas generales de DIPr y aquella sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, fueron instrumentos especialmente tenidos en cuenta para configurar las disposiciones que llenan un enorme vacío que presenta el ordenamiento de este país meridional, que hoy exhibe falencias tan notorias, que a través de un trabajo comprometido y mancomunado se quiso atender con el quehacer de los comisionados, que tuvieron como propósito poner a su país en sintonía con los instrumentos más

avanzados de la disciplina gestados en esta región, como también aquellos que exceden nuestro espacio geográfico.

El estado actual del Derecho internacional privado en El Salvador

Ana Elizabeth VILLALTA VIZCARRA*

Sumario: I. Antecedentes. II. Conferencias Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado. III. Jurisprudencia. IV. Foros codificadores internacionales. 1. La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. 2. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. V. Conclusiones Finales.

I. Antecedentes

La elaboración del Derecho internacional privado (DIPr) en sus inicios fue una labor doctrinaria, posteriormente las reglas para la solución de los conflictos de leyes se introdujeron en los títulos preliminares de los Códigos Civiles. Es de esta manera que en El Salvador dichas normas se introdujeron en el título preliminar del código civil y posteriormente ha participado en los distintos foros codificadores sobre la materia, en este trabajo se hará un recuento de la participación de El Salvador en los mismos y como a consecuencia de ello ha fortalecido su concepción sobre el DIPr.

El primer intento de codificación en América lo constituye el Congreso de Panamá convocado por Simón Bolívar en 1824, en el cual se presentó una moción para la pronta iniciación de los trabajos de codificación de DIPr; luego se dieron en 1847, 1861 y 1867, las Conferencias de Lima con el objeto de lograr una codificación del DIPr, pero no se llegó a ningún resultado práctico, no obstante, que se realizó una buena labor técnica e investigación.

En 1877 se instaló en Lima, Perú un Congreso de Jurisconsultos con la finalidad de establecer reglas uniformes de Derecho Internacional Privado, culminando esta reunión con el “Congreso de Lima” (1877-1878) que recibió el nombre del “Congreso de Jurisconsultos Americanos”, al que asistieron

* Profesora de Derecho internacional privado. Licenciada en Ciencias Jurídicas. Abogada y Notario de la República de El Salvador. Ex Miembro del Comité Jurídico Interamericano. Embajadora de Carrera de la República de El Salvador. Miembro de ACECADIP. Miembro de ASADIP. Miembro del IHLADI.

delegados expertos de Argentina, Bolivia, Chile, Cuba, Ecuador y Perú, y en el cual se elaboró un Tratado de derecho internacional privado que comprendía materias relativas al estado y capacidad de las personas, matrimonio, régimen sucesorio, jurisdicción en materia penal, actos jurídicos, ejecución de sentencias extranjeras y legalización. En este congreso no hubo participación de El Salvador ni de los otros Estados centroamericanos. Este Tratado tuvo el mérito de ser el primero en el mundo sobre la materia y el que se inspiró en el “principio de la nacionalidad”.

En 1889 en Montevideo, Uruguay se realiza un nuevo Congreso con el objeto de suscribir un Tratado que regulara las normas de DIPr en las Américas, al que asistieron representantes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay, culminando este Congreso Jurídico Internacional con los “Tratados de Montevideo de 1889-1890”¹. Estos Tratados tuvieron como fundamento el “principio del domicilio” y tienen el mérito de haber sido ratificados por varios Estados.

Los Tratados de Montevideo de 1889-1890 tuvieron también incidencia en Centro América, provocando reuniones del Congreso Jurídico Centroamericano en 1897 y 1901, en los cuales se suscribieron Convenios sobre derecho civil, mercantil, penal, procesal, extradición y propiedad literaria y artística. Estos Tratados también tuvieron una decisiva influencia en el derecho continental, ya que en ellos se regula en forma contractual la institución del asilo en Embajadas o legaciones y en buques de guerra y se adopta el “sistema del domicilio” para la solución de los conflictos de leyes. De igual manera su influencia es básica en las Conferencias internacionales americanas.

En 1912, se funda principalmente por Brown Scott y Alejandro Álvarez el “Instituto Americano de Derecho Internacional” que ha contribuido significativamente al desarrollo progresivo y a la codificación del derecho internacional, y bajo el cual el jurista cubano Don Antonio Sánchez de Bustamante, elabora el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado.

La quinta Conferencia internacional americana que impulsó fuertemente la codificación se celebró en Santiago de Chile en 1923, adopta una Convención para la protección de marcas de fábrica, comercio, agricultura y nombres comerciales, y recomendó para el DIPr la adopción de un Código, convocando para tal efecto a una reunión en 1925 de la Comisión Internacional de Jurisconsultos, para que preparara dicho Código tendiente a resolver los conflictos de legislaciones.

¹ En el mismo se suscribieron varios Tratados relativos a: derecho civil internacional; derecho comercial internacional; derecho penal internacional; derecho procesal internacional; propiedad literaria y artística; marcas de comercio y fábrica; ejercicio de profesiones liberales y un Protocolo Adicional referente a la aplicación de leyes extranjeras.

En esta Conferencia también se definió lo que debía de entenderse por derecho internacional americano, en el cual contribuyó sustancialmente el jurista chileno Don Alejandro Álvarez. En ella se organiza la Junta o Comisión de Jurisconsultos de Río, y se acordó que el sistema que se emplearía para la codificación del Derecho internacional, tanto público como privado, sería gradual y progresivo. Esta reunión tuvo lugar en Río de Janeiro en 1927 y en materia de DIPr, la “Comisión Internacional de Jurisconsultos” aprobó el proyecto de Código elaborado por el Profesor Antonio Sánchez de Bustamante, quien tomó como referencia los Tratados de Montevideo, los proyectos preparados por la Quinta y Sexta Comisión y el proyecto de Código del jurista brasileño Lafayette Rodríguez Pereira.

La sexta Conferencia internacional americana celebrada en La Habana, Cuba en 1928 aprueba el Proyecto de Código de DIPr, elaborado por Antonio Sánchez de Bustamante, razón por la cual oficialmente se le denominó “Código Bustamante”, el que consta de 437 artículos y que contiene materias relativas a: reglas generales, derecho civil internacional, derecho mercantil internacional, derecho penal internacional y derecho procesal internacional. Este Código fue suscrito por veinte Estados: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. El Código Bustamante representa un esfuerzo integrador de codificar el DIPr entre los criterios establecidos en el Tratado de Lima de 1878 y los consagrados en los Tratados de Montevideo de 1889-1890.

También dicha Conferencia adoptó acuerdos sobre la protección de las marcas de fábrica, una ley uniforme sobre letras de cambio, la reafirmación del arbitraje comercial obligatorio y la uniformidad de la legislación en materia de sociedades anónimas y agregó nuevos métodos de Codificación, para lo cual estableció tres Comisiones Permanentes, una en Río de Janeiro para los trabajos de derecho internacional; otra en Montevideo para los de DIPr y otra en La Habana, para la legislación comparada y unificación de legislaciones. Esta Conferencia fue sumamente fecunda y dio grandes aportes al sistema americano y al derecho internacional en general.

En 1950 se le encargó al “Comité Jurídico Interamericano”, estudiar y analizar la posibilidad de revisar en lo que fuere conveniente el “Código de Bustamante” producto de la VI Conferencia Internacional Americana de 1928, a la luz de los “Tratados de Montevideo” de 1889-1890 y 1939-1940 y del “*Restatement of the Law of Conflict of Laws*”, elaborado por el *American Law Institute*, de los Estados Unidos de América, con la finalidad de unificar estas tres codificaciones y analizar las diferencias sistemáticas y técnicas existentes entre ellos y analizar además las reservas hechas por los Estados al Código de Bustamante. En este estudio el Comité Jurídico Interamericano consultó a

las Comisiones nacionales de codificación, a las entidades dedicadas al estudio del DIPr, así como a los tratadistas más destacados de la materia.

En 1951, el Comité Jurídico Interamericano elaboró un primer informe relativo al método para realizar la codificación. En un segundo informe el Comité Jurídico Interamericano estimó que el “Código puede ser revisado para ser mejorado en diversos puntos, con el objeto de aproximarse a la uniformidad de las reglas del DIPr de los distintos países americanos, especialmente en la ley aplicable al estado civil y capacidad de las personas”. El Comité elaboró también un estudio comparativo sobre las disposiciones del Código de Bustamante, los Tratados de Montevideo y las normas contenidas en el *Restatement of the Law of Conflict of Laws* y lo presentó a consideración de los gobiernos para sus observaciones, obteniéndose únicamente observaciones de Estados Unidos y Ecuador.

Ante esto, el Comité Jurídico Interamericano recomendó: “a) limitar la obra de unificación al Código Bustamante y a los Tratados de Montevideo”; b) señalar un método eficiente para fijar claramente en cuanto a las diferentes relaciones jurídicas, la posición de los países no ratificantes o ratificantes con reservas, y c) recomendar a los gobiernos que examinen el estudio comparativo varias veces citado y todas o algunas de las cuestiones allí contenidas”.

En 1959, se aprobó por el Consejo de Jurisconsultos una nueva resolución en la que se exhortaba al Comité Jurídico Interamericano a que continuara su labor de revisión para obtener la unificación de las reglas de DIPr de los Estados Americanos, atenuando además las reservas hechas al Código.

En 1965 en la V Reunión del Consejo interamericano de jurisconsultos, realizada en San Salvador, El Salvador, se recomendó que en 1967 se convocara una “Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado” que revisara ciertas partes del Código de Bustamante, entre ellas, las reglas generales, el derecho civil internacional y derecho comercial internacional.

II. Conferencias Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIPs)

En base a lo anterior, por Resolución AG/Res.48 (1-0/71) aprobada el 23 de abril de 1971, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, convocó a la “primera Conferencia especializada interamericana sobre Derecho internacional privado” y encargó al Consejo Permanente la preparación de los proyectos de temario y el reglamento de la Conferencia y encomendó al Comité Jurídico Interamericano que “prepare

los estudios, informes y proyectos de convenciones necesarios para uso de la mencionada Conferencia especializada”.

En ese sentido, el Consejo Permanente de la Organización por Resolución CP/Res.109 (120/74) de 20 de marzo de 1974, designó a la ciudad de Panamá, como sede de la primera Conferencia especializada sobre Derecho internacional privado y anteriormente, por Resolución CP/Res.83 (89/72) de 20 de diciembre de 1972, adoptó su temario.

El Comité Jurídico Interamericano por su parte y en sus sesiones de 26 de julio al 27 de agosto de 1973, elaboró los proyectos de convenciones y otros documentos sobre el proyecto de temario aprobado por el Consejo Permanente.

La importancia de esta Conferencia especializada de Panamá es que se inició el proceso de armonización de las normas sobre conflictos de leyes en América, con la aprobación de seis Convenciones interamericanas, siendo estas: a) Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias; b) Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas; c) Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de cheques; d) Convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero; e) Convención interamericana sobre régimen legal de los poderes para ser utilizados en el extranjero; y f) Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional. Todas estas Convenciones fueron suscritas por los delegados de los Estados Miembros de la Organización, el 30 de enero de 1975, teniendo como fundamento los Proyectos de Convención respectivos elaborados por el Comité Jurídico Interamericano.

Las “Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado”, como organismo codificador sobre la materia en el continente americano, se celebran por primera vez en enero de 1975 en un Estado centroamericano, en Panamá, donde se suscribieron como se ha dicho anteriormente, seis importantes Convenciones interamericanas, las cuales han sido ratificadas por la mayoría de Estados centroamericanos.

La Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias fue suscrita y ratificada por El Salvador e hizo reserva de aplicación del artículo 7 al ratificar la Convención, suministró información conforme a los artículos 4 y 18, designando a la Corte Suprema de Justicia como la Autoridad Central competente para recibir y distribuir exhortos o cartas rogatorias. Haciendo además la siguiente declaración con respecto al artículo 10, párrafo 2, parte final: “Los requisitos que se exigen en cuanto a la legalización y traducción de exhortos o cartas rogatorias, son los que prescriben el Artículo 261 del Código de Procedimientos Civiles y los Artículos 388, 389, 391 y 392 del Código Bustamante”.

Esta Convención es utilizada por la Corte Suprema de Justicia en su calidad de Autoridad Central para tramitar los exhortos, suplicatorios o

comisiones rogatorias en materia civil y mercantil, constituyendo una normativa fundamental para estas diligencias y formando parte de la Jurisprudencia de la Corte en materia de cooperación judicial internacional.

En cuanto a la Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas, fue suscrita y ratificada por El Salvador, haciendo una Declaración al momento de Ratificar la Convención en relación al artículo 10 de la misma, en el sentido, de que “en El Salvador las facturas no constituyen documentos negociables”.

En relación a la Convención interamericana sobre conflictos en materia de cheques, solamente ha sido suscrita por El Salvador y no ha hecho uso de reservas, declaraciones o de suministro de información.

La Convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero, ha sido suscrita y ratificada por El Salvador. Habiendo suministrado información conforme al artículo 10 de la Convención designando a la Corte Suprema de Justicia como la Autoridad Central competente para recibir y distribuir exhortos o cartas rogatorias, según los efectos previstos en la Convención, la que es utilizada frecuentemente por dicha Corte.

En cuanto a la Convención interamericana sobre régimen legal de los poderes para ser utilizados en el extranjero, esta fue suscrita y ratificada por El Salvador no haciendo reservas, declaraciones o suministrar información, siendo utilizada por los notarios del país para la elaboración de Poderes que surtirán efectos en el extranjero.

En relación a la Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional, esta fue suscrita y ratificada por El Salvador, no haciendo ningún uso de las reservas, declaraciones o suministro de información. Actualmente esta Convención está siendo utilizada en El Salvador, reconociendo los laudos arbitrales pronunciados en los arbitrajes comerciales internacionales que tienen la misma fuerza que una sentencia judicial ejecutoriada.

Esta Conferencia solicitó a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) a que en su quinto período ordinario de sesiones, a celebrarse en abril de 1975 convocara a la Segunda Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado, para que continúe con el estudio y la consideración de los temas que a juicio de los Estados Miembros de la OEA se consideren de mayor importancia y atención.

La Conferencia también aprobó una Resolución solicitando al Consejo Permanente de la Organización que encomendara al Comité Jurídico Interamericano el estudio y elaboración de proyectos sobre conflictos de leyes en materia de cheques de circulación internacional y una ley uniforme sobre la misma materia. Por Resolución AG/Res. (V-0/75), aprobada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, de 19 de mayo de 1975, se convocó la “segunda Conferencia

Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP II)”, a celebrarse en Montevideo, Uruguay del 23 de abril al 8 de mayo de 1979.

La Asamblea General de la Organización encomendó al Consejo Permanente y al Comité Jurídico Interamericano la elaboración de proyectos de temario, el reglamento de la Conferencia y los estudios e informes sobre las materias a tratar. Por lo que el Consejo Permanente aprobó el 24 de mayo de 1978 el Proyecto de Reglamento de la CIDIP II y el Comité Jurídico Interamericano por su parte elaboró los Proyectos de Convenciones sobre los temas incluidos en el temario de la Conferencia y la Consultoría Jurídica de la Organización preparó los documentos técnicos para facilitar las labores de la Conferencia.

La CIDIP II aprobó las siguientes Convenciones: 1) Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de cheques; 2) Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles; 3) Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros; 4) Convención interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares; 5) Convención interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero; 6) Convención interamericana sobre el domicilio de las personas físicas en el derecho internacional privado; 7) Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado y 8) Protocolo Adicional a la Convención interamericana sobre exhortos y cartas rogatorias. Estas Convenciones tuvieron como base los Proyectos de Convención elaborados por el Comité Jurídico Interamericano.

La Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de cheques, únicamente ha sido suscrita por El Salvador y no hizo uso de las reservas, declaraciones y suministro de información.

En cuanto a la Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles, solamente ha sido suscrita por El Salvador.

En relación a la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, esta fue suscrita por El Salvador.

En referencia a la Convención interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares, esta fue suscrita por El Salvador.

En torno a la Convención interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero, esta ha sido suscrita por El Salvador.

En cuanto a la Convención interamericana sobre domicilio de las personas físicas en el derecho internacional privado, esta únicamente fue suscrita por El Salvador.

En relación a la Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado, esta ha sido suscrita por El Salvador, no haciendo uso de reservas, declaraciones o suministro de información.

En cuanto al Protocolo Adicional a la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, esta ha sido suscrita y ratificada por El Salvador, designando a la Corte Suprema de Justicia como Autoridad Central y al momento de la ratificación hizo la siguiente declaración: “Según la ley interna en lo dispuesto en el artículo 181 de la Constitución de la República, no podrá cobrarse por la cumplimentación de exhortos o suplicatorios en este país”. Este Protocolo Adicional a la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias es utilizado frecuentemente por la Corte Suprema de Justicia en su calidad de Autoridad Central para diligenciar los suplicatorios, exhortos o comisiones rogatorias en materia civil y comercial.

La segunda Conferencia especializada solicitó a la Asamblea General de la Organización que convocara a la tercera Conferencia especializada sobre Derecho internacional privado (CIDIP III) y que considerara la conveniencia de institucionalizar la “Conferencia especializada interamericana sobre Derecho internacional privado (CIDIP)”, la que deberá reunirse cada tres años; así como recomendar a la Secretaría General de la OEA que continúe con la elaboración de documentos técnicos e informativos sobre los puntos del temario con el fin de facilitar las labores de la tercera Conferencia y que además proporcione los servicios de Secretaría.

Por Resolución AG/Res. 505 (X-0/80), aprobada por la Asamblea General de la OEA, el 27 de noviembre de 1980, fue convocada la “tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP III)”. En esta Resolución, la Asamblea General encomendó al Comité Jurídico Interamericano que elaborara los informes, los proyectos de convenciones y las exposiciones de motivos que fueren necesarios para la Conferencia y recomendó al Consejo Permanente de la Organización que preparara los proyectos de temario y de reglamento para la CIDIP III y solicitó a la Secretaría General que preparara los documentos técnicos e informativos sobre los puntos del temario y que proporcionara los servicios de Secretaría. En ese sentido, el Consejo Permanente por Resolución CP/Res. 376 (510/82) de 10 de noviembre de 1982, adoptó el proyecto de temario para la Conferencia y por Resolución CP/Res.379 (515/83) de 2 de febrero de 1983, aprobó el Proyecto de Reglamento. Por su parte, el Comité Jurídico Interamericano en sus períodos ordinarios de sesiones de 1981, 1982, 1983 y 1984 elaboró los proyectos de Convenciones sobre el temario, así como los otros documentos sobre el mismo. El Consejo Permanente de la organización, fijó la ciudad de La Paz, Bolivia como sede de la CIDIP III, a celebrarse en 1984.

La tercera Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado, se inició el 15 de mayo de 1984, con la participación de delegados de 18 Estados Miembros de la Organización. En esta Conferencia se aprobaron las siguientes Convenciones: 1) Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores; 2) Convención interamericana sobre personalidad y capacidad de las personas jurídicas en el derecho internacional privado; 3) Convención interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras; 4) Protocolo Adicional a la Convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero.

En relación a la Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores, esta no ha sido suscrita ni ratificada por El Salvador, una de las razones es porque se hizo Parte de la Convención de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, en esta materia.

En cuanto a la Convención interamericana sobre personalidad y capacidad de las personas jurídicas en el derecho internacional privado, ésta tampoco fue suscrita y ratificada por El Salvador.

En relación a la Convención interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras, esta no ha sido suscrita ni ratificada por El Salvador.

El Protocolo Adicional a la Convención interamericana sobre recepción de pruebas en el Extranjero, éste tampoco fue suscrito y ratificado por El Salvador.

Esta Conferencia aprobó además varias Resoluciones, entre ellas, la solicitud a la Asamblea General de la Organización para que convoque a la cuarta Conferencia especializada interamericana sobre Derecho internacional privado (CIDIP IV).

Por Resolución AG/Res. 771 (XV-0/85) de 9 de diciembre de 1985, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos aprobó que se convocara a la cuarta Conferencia especializada interamericana sobre Derecho internacional privado. En dicha Resolución, la Asamblea General de la Organización encomendó al Comité Jurídico Interamericano que elaborara los Proyectos de Convención y las Exposiciones de Motivos respectivas que fueren necesarias para la Conferencia; al Consejo Permanente de la Organización que prepara el proyecto de temario y el Reglamento de la CIDIP IV y a la Secretaría General de la OEA, la preparación de los documentos técnicos e informativos sobre el temario y dar los servicios de Secretaría.

Por Resolución CP/Res. 496 (731/88), el Consejo Permanente fijó la ciudad de Montevideo, Uruguay como sede de la CIDIP IV, a celebrarse en 1989. El Consejo Permanente, el 23 de octubre de 1987 por Resolución CP/RES. 486 (717/87) aprobó el temario. La cuarta Conferencia

especializada sobre Derecho internacional privado se celebró del 9 al 15 de julio de 1989, en Montevideo, Uruguay, con la presencia de delegados de 17 Miembros de la Organización. La cuarta Conferencia aprobó tres Convenciones, siendo estas: 1) la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores; 2) la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias y 3) la Convención interamericana sobre el transporte internacional de mercaderías por carretera. Además la Conferencia aprobó las bases para el estudio del tema relativo a la ley aplicable en materia de contratación internacional. La cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado CIDIP IV, se llevó a cabo en Montevideo, Uruguay del 9 al 15 de julio de 1989.

En relación a la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores, esta no fue suscrita ni ratificada por El Salvador.

En cuanto a la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias, esta tampoco fue suscrita y ratificada por El Salvador.

En relación a la Convención interamericana sobre contrato de transporte internacional de mercadería por carretera, esta no ha sido suscrita ni ratificada por El Salvador.

Por Resolución AG/Res. 1024 (XIX. 0/89) la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, convocó a la “quinta Conferencia interamericana especializada sobre Derecho internacional privado (CIDIP V)”, encargando al Consejo Permanente de la Organización que prepara el Proyecto de temario y al Comité Jurídico Interamericano que elabora un Proyecto de Convención interamericana sobre “ley aplicable en materia de contratación internacional”, un estudio sobre “elaboración de normas para la regulación de negocios jurídicos internacionales que lo requieran y contratos internacionales” y “lineamientos generales relacionados con un proyecto de Convención interamericana para la represión del tráfico internacional de menores”; a la Secretaría General que preparara los documentos respectivos y convocó además a una Reunión de expertos en materia de contratación internacional.

El Consejo Permanente de la Organización por Resolución CP/Res 588 (911/92) aprobó para la CIDIP V, su correspondiente temario.

En esta quinta Conferencia especializada interamericana se celebraron dos Reuniones de expertos, una en Oaxetepec, Morelos, México del 13 al 26 de octubre de 1993, sobre tráfico de niños, la que elaboró un Proyecto de Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores y la otra Reunión de expertos se celebró en Tucson, Arizona del 11 al 14 de noviembre de 1993, sobre contratación internacional.

El 20 de mayo de 1993, el Consejo Permanente en Sesión Extraordinaria fijó la ciudad de México como sede de la CIDIP V, a celebrarse el 14 de marzo de 1994. Las Convenciones que se aprobaron durante la quinta Conferencia especializada fueron las siguientes: 1) la

Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales y 2) la Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores.

En relación a la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, esta Convención no ha sido suscrita ni ratificada por El Salvador.

En cuanto a la Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores, esta fue suscrita y ratificada por El Salvador. Haciendo reserva a la aplicación de los artículos 23 y 26 de la Convención de conformidad con el ordenamiento jurídico interno y designando al Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia (ISNA) como Autoridad Central según el artículo 5 de la Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores.

Esta Conferencia recomendó a la Asamblea General de la Organización que convocara a la sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado.

Por Resolución AG/RES. 1339 (XXIX—0/96) de la Asamblea General de la OEA, fue convocada la Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI), que se celebró en la ciudad de Washington, D. C. del 4 al 8 de febrero de 2002, la que tuvo como documentos preparatorios la presentación y el informe del Comité Jurídico Interamericano titulado “CIDIP-VII y etapas sucesivas” (CJI/doc.74/01); el documento CIDIP-VI/doc.10/02; el informe preparado por la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de la OEA, denominado “La historia del proceso de la CIDIPs” (CIDIP-VI/doc. 11/02); así como el producto de las reuniones de las delegaciones de Expertos a la CIDIP-VI.

Por Resolución AG/RES. 1472 (XXVII-0/97) la Asamblea General de la OEA, instruyó al Consejo Permanente a que continuara su estudio sobre los temas de la CIDIP-VI. Por Resolución CP/RES. 744 (1185/99) el Consejo Permanente aprobó el proyecto de temario.

La CIDIP-VI aprobó los siguientes instrumentos internacionales: la Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias; la Carta de Porte directa uniforme negociable interamericana para el transporte internacional de mercaderías por carretera, y la Carta de Porte directa uniforme no-negociable interamericana para el transporte internacional de mercaderías por carretera.

Estos instrumentos tendrían que ser adoptados por los Estados de la región centroamericana en sus ordenamientos jurídicos internos. El Salvador por su parte, adoptó la Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias, ya que actualmente se cuenta con la Ley de garantías mobiliarias a partir del año 2013 y en el Centro Nacional de Registros se creó el Registro de Garantías Mobiliarias.

La séptima Conferencia especializada interamericana sobre Derecho internacional privado (CIDIP-VII). La Asamblea General de la OEA por Resolución AG/RES. 1923 (XXXIII-0/03) denominada “Preparativos para la Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado” aprobada el 10 de junio de 2003, resolvió entre otras cosas: convocar la séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VII) y encomendar al Consejo Permanente, con la asistencia de la Secretaría General, que haga consultas preliminares respecto de las fechas y posibles sedes para la CIDIP-VII y que cree mecanismos que faciliten las consultas de los Estados Miembros respecto de los proyectos de temario y reglamento para la misma; solicitan al Comité Jurídico Interamericano que continúe presentando sus comentarios y observaciones con relación a la agenda propuesta para la CIDIP-VII.

Al respecto, en el documento CJI/doc. 89/02 del Comité Jurídico Interamericano denominado “Sexta Conferencia especializada interamericana sobre Derecho internacional privado (CIDIP-VI)”, se hace relación a tres tópicos que fueron mencionados en el informe del CJI, en lo que se refiere a los temas de la CIDIP-VII que son: comercio electrónico, insolvencia transfronteriza y migración y libre flujo de personas.

Por Resolución AG/RES.2033 (XXXIV-0/04) denominada “Conferencias especializadas interamericanas sobre Derecho internacional privado”, aprobada el 8 de junio de 2004, la Asamblea General de la OEA entre otras cuestiones, resolvió: instar a los Estados Miembros, que no lo hubieren hecho, a que presenten propuestas y observaciones con respecto al posible temario de la CIDIP-VII; solicitar al Consejo Permanente que, con la colaboración de la Secretaría General estudie los temas propuestos por los Estados Miembros así como su viabilidad e inclusión en el temario de la CIDIP- VII; encomendar al Consejo Permanente que continúe sus consultas sobre posibles fechas y sedes para la séptima Conferencia especializada sobre Derecho internacional privado; solicitar al Comité Jurídico Interamericano que contribuya con los trabajos preparatorios de la séptima Conferencia especializada interamericana sobre Derecho internacional privado (CIDIP-VII) una vez que el Consejo Permanente apruebe la agenda para dicha Conferencia. Presentaron temas los siguientes Estados Miembros: Perú, El Salvador, Brasil, México, Canadá, Uruguay, Estados Unidos, Chile.

En el trigésimo quinto período ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, celebrado del 5 al 7 de junio de 2005, en Fort Lauderdale, Florida, Estados Unidos de América, sobre la “séptima Conferencia especializada interamericana sobre Derecho internacional privado”, entre otros, resolvió: Tomar nota del informe del Consejo Permanente relativo a la séptima Conferencia especializada interamericana sobre Derecho internacional privado estableciendo la siguiente Agenda: 1. protección al consumidor: ley aplicable, jurisdicción, y restitución monetaria

(Convenciones y Leyes Modelo); 2. garantías mobiliarias: registros electrónicos para implementación de la Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias.

En relación al tema de protección al consumidor, ha habido propuestas de Brasil, Canadá y los Estados Unidos relativos a una Convención interamericana sobre ley aplicable (Brasil); una Ley Modelo sobre jurisdicción y ley aplicable (Canadá), y una Guía Legislativa sobre restitución monetaria (Estados Unidos).

En cuanto al tema de garantías mobiliarias, hay una propuesta conjunta de las Delegaciones de Canadá, Estados Unidos y México sobre el Proyecto de un Reglamento Modelo para el Registro en virtud de la Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias.

La propuesta de Reglamento Modelo para el registro en virtud de la Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias fue presentada a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente, el 5 de marzo de 2009, abriéndose un proceso de consulta hasta el 20 de abril de 2009, en el cual se solicitaron comentarios de todos los Estados Miembros de la OEA como parte de dicho proceso, El Salvador participo activamente en dichos comentarios.

Por Resolución CP/RES.958 (1714/09) del Consejo Permanente de la Organización, aprobada en sesión celebrada el 16 de septiembre de 2009, se determinó que, en materia de garantías mobiliarias, se aprobaba el Proyecto de Reglamento Modelo para el Registro virtual de la Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias, presentado por los Estados Miembros. En esta Resolución, el Consejo Permanente de la Organización resolvió: fijar los días del 7 al 9 de octubre de 2009, para la celebración de la CIDIP VII, en lo que se refiere al tema de garantías mobiliarias e invitar a los Estados Miembros de la Organización que estén interesados en participar en la Conferencia. Por Resolución del Consejo Permanente de la Organización CP/RES.959 (1714/09) de fecha 16 de septiembre de 2009, se aprobó el temario para la CIDIP-VII, en el tema de garantías mobiliarias, siendo éste: “Garantías mobiliarias: registros electrónicos para la implementación de la Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias; consideración del Reglamento Modelo para el registro virtual de la Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias”. En ese sentido, el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA), convocó a la celebración de CIDIP-VII referente al tema de garantías mobiliarias: registros electrónicos para la implementación de la Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias, del 7 al 9 de octubre de 2009, en la sede de la OEA en Washington, D.C.

De conformidad a las resoluciones anteriormente citadas, la reunión se llevó a cabo del 7 al 9 de octubre de 2009 en la sede de la OEA, en el Salón Libertador, Simón Bolívar, en Washington, D.C. En dicha reunión se

discutió por los delegados de los Estados Miembros que asistieron a la misma el Proyecto de Reglamento Modelo, aprobándose el mismo el día 9 de octubre de 2009, procediendo después a la suscripción del Acta Final de la Conferencia, por los Jefes de Delegación de los Estados Miembros participantes en la Conferencia Diplomática adoptándose así: “El Reglamento Modelo de la OEA para el Registro Virtual de la Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias”, en dicha Conferencia estuvo presente El Salvador cuyo Jefe de Delegación suscribió el Acta Final, razón por la cual se ha incorporado a la legislación interna salvadoreña dicho Reglamento.

A partir de 1975 el marco institucional interamericano del DIPr han sido las Conferencias especializadas interamericanas sobre Derecho internacional privado, las cuales son convocadas por la Organización de los Estados Americanos OEA, conocidas como CIDIPs, que hasta el momento han producido 27 instrumentos internacionales entre ellos: 21 Convenciones, 2 Protocolos Adicionales, 2 instrumentos uniformes, una Ley Modelo y un Reglamento Modelo que han contribuido sustancialmente a la codificación y unificación de las reglas de DIPr en América, así como a su modernización.

Es necesario que los Estados Miembros de la Organización tengan un mayor involucramiento en el proceso de las CIDIPs, particularmente en la codificación y desarrollo progresivo de las normas de DIPr, donde América ha tenido una labor pionera en muchas de sus instituciones, así como el haber producido un Código unico de Derecho internacional privado el “Código Bustamante” aprobado en la sexta Conferencia internacional americana de 1928, haciendo necesario preservar este acervo histórico del derecho internacional americano. Es conveniente juntar esfuerzos para que la etapa codificadora del derecho internacional privado, se vuelva una tarea permanente con un futuro prometedor. Hay que tomar en cuenta que la labor de la CIDIP, ha contribuido a lograr la modernización en los diferentes Estados de América de las normas de DIPr. En cuanto al enfoque de la adopción de leyes modelo, es necesario difundir los beneficios que éstos representan en la armonización de las normas de Derecho Internacional Privado en las Américas, así como la forma de adoptarlas e implementarlas en la legislación interna de los Estados, ya que no todos los Estados Miembros de la Organización tienen la cultura de Leyes Modelo.

En cuanto a la participación de los Estados centroamericanos en el foro de las CIDIPs, como organismo codificador del DIPr en el continente americano, ha sido sustantiva tal participación, así tenemos que la primera Conferencia Especializada Interamericana se lleva a cabo en Panamá, un país de la región centroamericana.

El proceso de codificación del DIPr en las Américas, en una primera etapa es eminentemente conflictual a través de la elaboración de normas meramente atributivas que determinaban la ley aplicable. Posteriormente la

intensificación de las relaciones interamericanas, los cambios socioeconómicos hacen necesario actualizar el derecho conflictual en el continente americano así como la renovación del mismo DIPr, a efecto de que esté en concordancia con las realidades y avances tanto regionales como universales, surgiendo precisamente en este marco las CIDIPs, constituyendo la nueva etapa de codificación y desarrollo progresivo del DIPr en el sistema interamericano, las que cuentan con cuarenta años de existencia. Es necesario incentivar a una nueva etapa de codificación del DIPr en el sistema interamericano, donde se haga tarea de todos los involucrados de juntar los mejores esfuerzos para que esta etapa codificadora se torne en una labor permanente y llevar de esta manera el proceso codificador a un futuro prometedor, sobre todo porque con la globalización y los procesos de integración, las soluciones a los problemas internacionales son ahora una necesidad, por lo que debemos contar con instrumentos internacionales que respondan a las exigencias actuales.

La CIDIP ha sido firme en su objetivo de elaborar normas de DIPr modernas y adecuadas a las necesidades de los Estados Miembros del sistema interamericano, ya que la unificación jurídica americana responde a los intereses comunes que demandan determinada coyuntura social-histórica. Este futuro como se ha dicho puede ser exitoso y prometedor si se cuenta con el apoyo decisivo e incondicional de todos los sectores involucrados en la codificación del DIPr de las Américas.

En cuanto al desarrollo codificador del DIPr en Centroamérica, es conveniente que esta región conozca y se acerque más al proceso codificador de las CIDIPs y el que llevan otros poros sobre la materia como lo son las Conferencias de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), la Asociación Centroamericana y del Caribe de Derecho Internacional Privado (ACECADIP), entre otros, para que se involucre cada vez más en esta materia del DIPr y pueda beneficiarse de las ventajas y de los beneficios que la misma representa.

III. Jurisprudencia

En cuanto a la Jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia de El Salvador a través de la Sala de Lo Civil de la misma, que es la encargada de tramitar los Suplicatorios, Exhortos o Comisiones rogatorias en el exterior, tanto en materia de familia, civil y comercial fundamenta los mismos en la Convención interamericana sobre exhortos y cartas rogatorias como en su Protocolo adicional. Así todo exhorto que El Salvador diligencia en el exterior se fundamentan en dicha Convención y en su Protocolo adicional.

En cuanto a cada caso de Jurisprudencia, si bien es cierto hay una página *web* de la Corte Suprema de Justicia y su correspondiente link con la jurisprudencia de la misma, no es muy fácil poder tener un estudio completo de todas las sentencias, razón por la cual se está haciendo un análisis detallado para un próximo informe, pero si varias de ellas se fundamentan en convenciones ratificadas por El Salvador, que son producto del proceso de las CIDIPS.

IV. Foros codificadores internacionales

1. La Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado

El Salvador participo por primera vez activamente en la Conferencia de La Haya sobre derecho internacional privado, en la categoría de Miembro Ad-Hoc durante los años de 1990 a 1993, en la negociación de la “Convención de La Haya sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional”, asistiendo a todos los períodos de sesiones de la misma. Actualmente, El Salvador es Estado miembro de dicha Conferencia.

El Salvador es parte de varios Convenios de dicha Conferencia siendo estos, por orden cronológico, los siguientes:

El Convenio de 5 de octubre de 1961 suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros, el cual fue ratificado por El Salvador el 14 de septiembre de 1995, entrando en vigor el 31 de mayo de 1996; El Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores que fue ratificado por El Salvador el 5 de febrero de 2001 y entró en vigor el 1 de mayo de 2001 , el Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción Internacional el que fue ratificado por El Salvador el 17 de noviembre de 1998, entrando en vigor el 1 de marzo de 1999.

El Estatuto de La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que fue ratificado por El Salvador, el 17 de noviembre de 2021, convirtiéndose en el noventa y un Estado miembro de dicha Conferencia.

El Convenio de La Haya relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños de 1996 que fue ratificado el 23 de enero de 2024.

El Convenio sobre la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o Comercial de 15 de noviembre de 1965, El Salvador se adhirió el 21 de marzo de 2024.

El Salvador además de ser Parte de las Convenciones antes mencionadas ha participado activamente en la sede de la Conferencia de La Haya en el seguimiento de las mismas, ha designado las Autoridades Centrales con sus

correspondientes oficinas locales para darles la debida ejecución de los mismos, si se estima procedente. Lo anterior demuestra la importancia que El Salvador le da al proceso codificador de la Conferencia de La Haya sobre el DIPr, así como al desarrollo progresivo del mismo.

En materia de menores, son cuatro los Convenios de la Conferencia de La Haya sobre derecho internacional privado que tratan este tema, siendo estos: el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980, el Convenio de La Haya sobre la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional de 1993, el Convenio de La Haya relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños de 1996 y el Convenio sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia de 2007.

El Salvador es parte de los tres primeros convenios y está en consultas con las instituciones correspondientes del Convenio sobre alimentos.

El Salvador, también participa en forma activa en la Red de Jueces de La Haya, asistiendo a los seminarios y reuniones de trabajo tanto presenciales y virtuales. De igual manera la Procuraduría General de la República forma parte activa de los grupos trabajo en materia de menores y familia.

Y para dar un adecuado seguimiento se ha creado una coordinación el Ministerio de Relaciones Exteriores, para los temas de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado.

2. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

El Salvador ha participado activamente en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y ha sido uno de los 60 Estados Miembros de la misma elegidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 2007 al 2019, teniendo la función de coadyuvar en la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional, representando de esta manera una de las determinadas regiones geográficas y uno de los principales sistemas económicos y jurídicos.

Actualmente El Salvador es Estado Parte de una serie de Convenciones de la CNUDMI y está participando en la elaboración de sus Leyes Modelos, entre los Convenios de los cuales es parte tenemos los siguientes: la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 1958), la que fue ratificada por El Salvador el 26 de febrero de 1998, entrando en vigencia el 27 de mayo de 1998; La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (Viena, 1980) la que fue ratificada

por El Salvador el 27 de noviembre de 2006, entrando en vigor el 1 de diciembre de 2007; la Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente (Nueva York, 1995), la que fue ratificada por El Salvador el 31 de julio de 1998, entrando en vigencia el 1 de Enero del 2000.

Teniendo en estudio por la instancia gubernamental respectiva las otras Convenciones que se han producido en el marco de la CNUDMI a fin de poder determinar que El Salvador pueda llegar a ser Estado Parte de las mismas. Desde su participación como miembro de la misma, El Salvador ha participado en la elaboración de convenios, leyes modelo, guías jurídicas y legislativas, entre otros, también participa en los periodos de sesiones de la misma, en sus coloquios y en sus seis grupos de trabajo relativos a: microempresas y pequeñas y medianas empresas; arbitraje y conciliación; solución de controversias en línea; comercio electrónico; régimen de la insolvencia y garantías reales. Estos grupos de trabajo se encargan de la labor preparatoria sustantiva sobre los temas del programa de trabajo de la Comisión.

De igual manera, ha contribuido en la organización de seminarios regionales y nacionales sobre la difusión del derecho mercantil uniforme. Lo que demuestra una participación efectiva de El Salvador en la modernización y armonización de las reglas del comercio internacional que tiene a su cargo la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Actualmente, a nivel académico se ha estado trabajando con el UNIDROIT participando en varias de sus iniciativas.

V. Conclusiones finales

Lo anterior demuestra que en la actualidad El Salvador tiene una participación activa en los principales foros codificadores del DIPr del mundo, esto es, las CIDIPs, la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado², la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL); pero no obstante lo anterior, es conveniente que las instituciones gubernamentales, académicas, profesionales, empresariales y de toda índole conozcan el desarrollo actual del DIPr, principalmente ante el fenómeno de la globalización, con el que se viene enfrentando el mundo desde hace ya varios años y que esta región centroamericana, especialmente El Salvador, pueda crecer más si tiene una mayor participación en el desarrollo y conocimiento de este derecho, de tal manera que en el campo de los Tratados y Acuerdos de Libre Comercio, los inversionistas cuenten con mayor seguridad jurídica en el campo de la

solución de controversias; se tenga un conocimiento más amplio y acorde a la realidad sobre la migración y los flujos migratorios; se pueda contribuir ágil y eficazmente ante los retos y desafíos que presente la cooperación judicial internacional y las extradiciones; que la región pueda aprovecharse de los beneficios que puedan aportar la adopción de Leyes Modelos (soft law), así como el conocimiento y manejo de los arbitrajes comerciales internacionales y de la contratación internacional.

La conveniencia de que en el Sistema de Integración Centroamericana (SICA) , se tome como un área fundamental del mismo, el desarrollo del DIPr, si bien es cierto se cuenta con Tratados novedosos sobre la materia, es conveniente que estos sean ratificados por todos o la mayoría de Estados centroamericanos, para su correspondiente entrada en vigor, tal como sucede con la orden de captura centroamericana y extradición simplificada y el de la hipoteca centroamericana, entre otros.

Para contribuir al desarrollo progresivo del Derecho internacional privado en el marco de la región centroamericana y del Caribe se ha creado la Asociación Centroamericana y del Caribe de Derecho Internacional Privado (ACECADIP), que ya realizó entre sus trabajos iniciales dos seminarios uno en Panamá y otro en Granada, Nicaragua con el objeto de motivar en la región a la armonización y unificación de las normas de Derecho internacional privado y en la cual El Salvador participa a través de juristas, académicos y expertos de la materia.

En el ámbito interamericano, es necesario una mayor participación en el proceso de codificación, tanto a nivel gubernamental como de Expertos sobre la materia, si bien es cierto El Salvador tuvo una participación significativa en las primeras CIDIPs, fue decayendo en las siguientes, por lo que se hizo necesario volver con nuevos brillos y con nuevas iniciativas a partir de la CIDIP VI.

Es conveniente también la contribución en la parte académica de las Facultades de Derecho de las Universidades tanto públicas como privadas, en el sentido de comprometerse aun más en la enseñanza del DIPr y que ésta constituya una de las asignaturas obligatorias en el pensum de la carrera de Derecho y que se establezca un mayor apoyo a los profesores de la materia.

Que las Escuelas de Capacitación Judicial de la región, contribuyan a que los operadores de justicia estén cada vez más capacitados en el desarrollo y aplicación del DIPr y que los Colegios y Asociaciones de Abogados de la región contribuyan también en su fortalecimiento, a través de la realización de conferencias y seminarios donde se aborde campos de esta materia y se establezca la importancia de su conocimiento y desarrollo.

Solamente de esta manera El Salvador y la región Centroamérica se beneficiará de las ventajas que presenta el DIPr, permitiéndole además contribuir en su proceso codificador y de esta manera lograr que los países que integran la región Centroamericana y del Caribe, cuenten todos ellos con

leyes de DIPr como actualmente la tienen República Dominicana y Panamá, con el objeto de armonizar las normas sobre la materia evitando de esta manera la dispersión.

Reporte sobre el impacto de las Convenciones interamericanas en México

María Mercedes ALBORNOZ* / Nuria GONZÁLEZ MARTÍN**

Sumario: I. Legislación. II. Jurisprudencia. 1. CIDIP I. A) Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas. B) Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional. C) Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias 2. CIDIP II. A) Convención interamericana sobre domicilio de las personas físicas en el derecho internacional privado. B) Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado. C) Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros. D) Convención interamericana sobre pruebas e información acerca del derecho extranjero. 3. CIDIP III. A) Convención interamericana sobre personalidad y capacidad de personas jurídicas en el Derecho internacional privado. 4. CIDIP IV. A) Convención interamericana sobre restitución internacional de menores. B) Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias. III. A modo de conclusión.

El presente reporte contiene legislación mexicana que ha recibido el contenido de diversas Convenciones interamericanas de las que México es parte, así como jurisprudencia de tribunales mexicanos que han aplicado dichas Convenciones refiriéndose directamente a las mismas.

I. Legislación

Instrumento interamericano	CIDIP	Cuerpo normativo	Título o artículos
Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de	I	Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito	TÍTULO PRIMERO De los Títulos de Crédito CAPÍTULO VII De la aplicación de

* Profesora investigadora titular del Centro de Investigación y Docencia Económicas, CIDE.

** Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

cambio, pagarés y facturas			leyes extranjeras Artículos 252 al 258
Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias	I	Código Federal de Procedimientos Civiles ¹	LIBRO CUARTO De la Cooperación procesal internacional TÍTULO ÚNICO CAPÍTULO II De los Exhortos o cartas rogatorias internacionales Artículos 549 a 556
		Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal	TÍTULO SEGUNDO Reglas generales CAPÍTULO IV De los exhortos y despachos Artículo 108 TÍTULO SÉPTIMO De los juicios especiales y de las vías de apremio CAPÍTULO VI De la comparación (sic) procesal internacional Artículos 604 a 608
		Código de Comercio	LIBRO QUINTO De los Juicios mercantiles TÍTULO PRIMERO

¹ Nótese que el Código Federal de Procedimientos Civiles y el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, así como los códigos de procedimientos civiles de las 31 entidades federativas de México restantes, son sustituidos por el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 7 de junio de 2023, disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cnpcf/CNPCF_orig_07jun23.pdf. De conformidad con sus propios artículos transitorios, el nuevo código, que unifica en todo el país las normas procesales en materia civil y familiar, entrará en vigor gradualmente, a más tardar el 1° de abril de 2027.

			Disposiciones generales CAPÍTULO IV De las Notificaciones Artículos 1073 y 1074
Convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero	I	Código Federal de Procedimientos Civiles	LIBRO CUARTO De la cooperación procesal internacional TÍTULO ÚNICO CAPÍTULO IV De la recepción de las pruebas Artículo 560
Convención interamericana sobre régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero	I	Código Civil Federal	Disposiciones Preliminares Artículo 13, fracciones I y IV
Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles	II	Código Civil Federal	TÍTULO DÉCIMOPRIMERO De las Asociaciones y de las Sociedades II.- De las Sociedades CAPÍTULO VI De las Personas morales extranjeras de naturalezas (sic) privada Artículo 2736
		Código Civil para el Distrito Federal	TÍTULO UNDÉCIMO De las asociaciones y de las sociedades II. De las sociedades CAPÍTULO VI De las personas morales extranjeras de naturalezas (sic) privada Artículo 2736
Convención interamericana sobre domicilio de las personas físicas en el Derecho internacional privado	II	Código Civil Federal	TÍTULO TERCERO Del Domicilio Artículos 29, 31, 32

		Código Civil para el Distrito Federal	TÍTULO TERCERO Del domicilio Artículos 29, 31, 32
Convención interamericana sobre normas generales de Derecho internacional privado	II	Código Civil Federal	Disposiciones preliminares Artículos 13, 14 y 15
		Código Civil para el Distrito Federal	Disposiciones preliminares Artículos 13, 14 y 15
Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros	II	Código Federal de Procedimientos Civiles	LIBRO CUARTO De la cooperación procesal internacional TÍTULO ÚNICO CAPÍTULO VI Ejecución de sentencias Artículos 569, 571, 572 y 577
		Código de Comercio	LIBRO QUINTO De los juicios mercantiles TÍTULO PRIMERO Disposiciones generales CAPÍTULO XXVII De la ejecución de las sentencias Artículo 1347-A
Convención interamericana sobre pruebas e información acerca del derecho extranjero	II	Código Federal de Procedimientos Civiles	LIBRO CUARTO De la cooperación procesal internacional TÍTULO ÚNICO CAPÍTULO IV De la recepción de pruebas Artículos 559 a 563
Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores	III	Código Civil Federal	TÍTULO SÉPTIMO De la Paternidad y Filiación CAPÍTULO V De la Adopción Sección Cuarta De la Adopción

			Internacional Artículo 410-E
		Código Civil para el Distrito Federal	TÍTULO SÉPTIMO De la filiación CAPÍTULO V De la adopción Sección Cuarta De la Adopción Internacional Artículo 410-E
Convención interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras	III	Código Federal de Procedimientos Civiles	LIBRO CUARTO De la cooperación procesal internacional TÍTULO ÚNICO CAPÍTULO V Competencia en materia de ejecución de sentencias Artículos 564 a 568
Convención interamericana sobre personalidad y capacidad de personas jurídicas en el Derecho internacional privado	III	Código Civil Federal	TÍTULO DÉCIMOPRIMERO De las Asociaciones y de las Sociedades II.- De las Sociedades CAPÍTULO VI De las Personas morales extranjeras de naturalezas (sic) privada Artículo 2736
		Código Civil para el Distrito Federal	TÍTULO UNDÉCIMO De las asociaciones y de las sociedades II. De las sociedades CAPÍTULO VI De las personas morales extranjeras de naturalezas (sic) privada Artículo 2736
Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores	V	Código Penal Federal	TÍTULO VIGÉSIMOPRIMERO Privación ilegal de la libertad y de otras garantías

			<p style="text-align: center;">CAPÍTULO ÚNICO Artículos 366 Ter y 366 <i>Quáter</i></p>
--	--	--	---

II. Jurisprudencia

Aclaración: una tesis aislada es un criterio emitido por un órgano jurisdiccional (tribunal colegiado o la Suprema Corte de Justicia) en el que se realiza la interpretación de algún precepto legal. A diferencia de la "jurisprudencia", la tesis aislada no es obligatoria; es decir, no es vinculante para tribunales inferiores ni para el propio órgano emisor. Sin embargo, las tesis aisladas sirven como criterio orientador. Además, dado que la legislación mexicana prevé que para formar jurisprudencia son necesarias cinco sentencias en el mismo sentido sin interrupción, una tesis aislada puede llegar a evitar que se forme un criterio jurisprudencial.

1. CIDIP I

A) Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas

Tesis Aisladas

Época: Novena Época

Registro: 166114

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo XXX, Octubre de 2009

Materia(s): Civil

Tesis: I.7o.C.134 C

Página: 1598

Ordinario mercantil. Excepción de incompetencia por declinatoria a juez extranjero. Inaplicabilidad de la convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas, cuando los documentos base de la acción son facturas

La factura en el derecho mexicano no tiene el carácter de ser negociable. Ésta es el documento en el que se hace constar la cuenta de los factores que un comerciante entrega por el importe de las mercancías o servicios, relacionados con las características del acto mercantil u operación de

comercio. Una factura es un comprobante de bienes o servicios prestados que justifica su transmisión o prestación y por lo mismo la propiedad. Tratándose de bienes, existe una práctica de firmar la factura como medio para transmitir el bien, o la propiedad, pero ello de ninguna manera implica la existencia de un endoso característico de un título de crédito. Además, la factura, conforme a lo dispuesto en los artículos 6 y 14 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, no constituye un título de crédito. En esos términos, al no ser la factura un documento negociable, es la razón por la que resulta inaplicable la "Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas", -respecto de la cual, el gobierno mexicano emitió la reserva en el sentido señalado-, para determinar si conforme al derecho mexicano debe resolverse un conflicto derivado de actos mercantiles celebrados en un Estado diverso con base en facturas, cuando se impugna la competencia de un Juez extranjero en un juicio ordinario mercantil, para fincarla a favor de uno nacional, alegando que el domicilio del demandado se encuentra ubicado en territorio mexicano.

Séptimo tribunal colegiado en materia civil del primer circuito

Época: Octava Época

Registro: 207257

Instancia: Tercera Sala

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo IV, Primera Parte, Julio-Diciembre de 1989

Materia(s): Civil

Tesis: CL/89

Página: 220

Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagares y facturas, inaplicabilidad de la competencia entre tribunales nacionales

Para resolver los conflictos competenciales surgidos entre los tribunales de diferentes entidades de la República Mexicana, debe atenderse a las disposiciones de la legislación nacional aplicable al caso, resultando por tanto inaplicable lo dispuesto por los artículos 8 y 9 de la Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas, dado que éstos se refieren a conflictos de carácter internacional, surgidos entre los tribunales de los diferentes países signantes.

B) Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional

Tesis Aisladas
Época: Novena Época
Registro: 161136
Instancia: Primera Sala
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo XXXIV, Septiembre de 2011
Materia(s): Civil
Tesis: 1a. CLXXIII/2011
Página: 1033

Arbitraje comercial internacional. Es competente el juez del lugar donde éste se llevó a cabo para conocer de la nulidad del laudo arbitral

De la interpretación conjunta de los artículos 1422, 1457, 1461 y 1462 del Código de Comercio, así como de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Convención de Nueva York), adoptada el 10 de junio de 1958, y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de junio de 1971, y de la Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional (Convención de Panamá), suscrita el 30 de enero de 1975, y publicada en el mismo medio de difusión oficial el 27 de abril de 1978, se concluye que sólo puede conocer de la nulidad de un laudo arbitral internacional, el juez del lugar en donde se llevó a cabo el procedimiento de arbitraje. Lo anterior, en concordancia con las reglas acogidas por el Código de Comercio, respecto de las cuales existe consenso internacional dirigido a dotar de eficacia a los laudos dictados en procedimientos de arbitraje internacional, con el fin de proporcionar seguridad jurídica y evitar que las partes en conflicto acudan ante sus tribunales domésticos a solicitar la nulidad del laudo cuando no les sea favorable, pues lo contrario implicaría rebasar el ámbito de competencia de los jueces nacionales, al permitirles anular resoluciones dictadas en el exterior conforme a derecho extranjero.

Época: Novena Época
Registro: 162220
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo XXXIII, Mayo de 2011
Materia(s): Civil
Tesis: I.3o.C.935 C
Página: 1019

Arbitraje. La autonomía de la voluntad es fuente de las facultades y límites del árbitro (interpretación de los artículos ii.1 de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras y 1 de la Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional)

El artículo II.1 de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintidós de junio de mil novecientos setenta y uno, reconoce el carácter originario del arbitraje desde la sede contractual, al disponer que cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje; a su vez, el artículo 1 de la Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 27/04/1978, prescribe que es 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; conforme a esos textos legales, se reconoce validez y eficacia al acuerdo de las partes para someter a arbitraje alguna cuestión que surja o haya surgido con motivo de una relación jurídica contractual o no contractual; lo anterior revela que sí se otorga a la voluntad de las partes plena eficacia vinculatoria entre ellas por lo que la fuente original de la eficacia normativa de un arbitraje descansa en su reconocimiento por la ley, que regula los efectos del acuerdo de las partes y precisa sus límites para obrar sobre la esfera jurídica de las personas. Pero ese acuerdo de voluntades que da lugar al arbitraje tiene un límite formal y material porque el árbitro no puede llevar a cabo actos de privación o ejecución material sobre las personas o las cosas y la ejecución queda reservada al Juez estatal. El laudo queda sujeto a un proceso de revisión por los órganos jurisdiccionales del Estado, cuando no es acatado voluntariamente o es impugnado por alguna de las partes, lo que da origen a las cuestiones concernientes a la nulidad o reconocimiento o ejecución del laudo. El tribunal arbitral realiza una actividad pero requiere el auxilio y colaboración del juez estatal para ejecutar medidas precautorias que aseguren el éxito del procedimiento arbitral, la ejecución del laudo o para obtener la nulidad del laudo que se pronuncie.

Tercer tribunal colegiado en materia civil del primer circuito.

C) Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias

Tesis Aisladas
Época: Décima Época
Registro: 2005425
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
Libro 2, Enero de 2014, Tomo IV
Materia(s): Civil
Tesis: VI.1o.C.40 C (10a.)
Página: 3025

Carta rogatoria. Cuando su tramitación se sustenta en el Convenio sobre la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales o extrajudiciales en materia civil o comercial, resulta inaplicable la convención interamericana relativa a esa materia

Si se considera que en el contenido de la declaración I y de los artículos 1 a 7 del Convenio sobre la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales o extrajudiciales en materia civil o comercial, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 16/02/2001, se prevén los requisitos concernientes a la solicitud de notificación, la autoridad a quien se dirigen y a la que corresponde verificarlos y establece, además, los documentos que deben adjuntarse, la certificación que tiene que levantarse, así como las fórmulas modelo que deben requisitarse; ello trae consigo que resulte inaplicable, para validar los requisitos de la carta rogatoria, la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, dado que en México la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Relaciones Exteriores es a quien corresponde verificar que las solicitudes cumplan con los requisitos, al haber sido designada como autoridad central para su recepción, conforme a la declaración I del citado convenio, en atención al principio de derecho que establece que la ley especial prevalece sobre la general.

Primer tribunal colegiado en materia civil del sexto circuito.
Época: Novena Época
Registro: 170516
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo XXVII, Enero de 2008
Materia(s): Civil
Tesis: I.3o.C.659 C
Página: 2779

Exhortos o cartas rogatorias en un juicio de amparo. El pago de los trámites correspondientes a su recepción en el extranjero corre a cargo del interesado conforme a la Convención interamericana sobre exhortos y cartas rogatorias y del Protocolo adicional a dicha Convención.

La Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, firmada en la ciudad de Panamá, el 30/01/tr1975, publicada en el Diario Oficial de la Federación el martes 25/04/1978, celebrada por los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos y el Protocolo adicional a la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, firmado en Montevideo, Uruguay, el día 08/05/1979, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27/04/1983, aprobados por la Cámara de Senadores, constituyen instrumentos vinculatorios para el Estado mexicano y en esa medida, conforme a lo dispuesto por el artículo 133 de la Constitución Federal, constituyen principios rectores de interpretación del ordenamiento jurídico, como cuando se trata del contenido y alcance de las normas federales, y las contenidas en el Código Federal de Procedimientos Civiles que tienen a su vez, un carácter subsidiario en lo relativo a la efectividad y aplicación de la cooperación procesal internacional, lo cual se corrobora, además con lo señalado en los artículos 543 y 549 de este último ordenamiento, en la medida en que el propio legislador federal estableció como normas de organización de la cooperación procesal internacional las que se pacten en los tratados y convenciones de los que México sea parte y, de manera subsidiaria, las expresadas en el título respectivo de ese ordenamiento federal. De las disposiciones expresas y la interpretación sistemática de las normas federales que regulan la cooperación procesal civil internacional, no se advierte alguna que por sí misma permita establecer en qué casos y términos las partes en un juicio están obligadas a sufragar los gastos de los exhortos y cartas rogatorias que se remitan al extranjero; no obstante lo antes enunciado, los principios contenidos en esas normas reconocen una solución normativa al caso de que se trata en la medida en que indica que los exhortos que se remitan al extranjero o que se reciban de él se ajustarán al título de referencia sobre cooperación procesal internacional, salvo lo dispuesto por los tratados y convenciones de los que México sea parte, sobre la base de que las normas federales son subsidiarias en su contenido y alcance, pues conforme a la exposición de motivos de la reforma al Código Federal de Procedimientos Civiles sobre ese tema se advierte la intención del legislador de normar los procedimientos tutelados en los tratados internacionales que indica y que, además, constituyen una fuente de derecho del ordenamiento jurídico mexicano cuyos principios por razón de lo dispuesto en el artículo 133 de la Constitución Federal, gozan de primacía, lo que permite en algunos casos, resolver no sólo los conflictos por la

aplicación de leyes que regulando una misma materia resultan contradictorias sino aquellos en que existe una laguna en la norma inferior que puede y debe ser colmada por la norma superior atendiendo a los principios de coherencia y completitud del ordenamiento jurídico. Así es, en el caso la intención del legislador federal fue la de adaptar la ley nacional con la realidad de diversos convenios interamericanos que constituyen un derecho procesal internacional de carácter interamericano, con el reconocimiento de que se han desarrollado nuevos conceptos en la materia procesal internacional cuya incorporación se pretende, lo cual resulta de fundamental relevancia al momento de interpretar y aplicar la normativa procesal federal, pues si la intención subyacente del legislador fue la de observar y desarrollar esas normas internacionales y los conceptos que de la misma se desprenden, de plantearse un problema interpretativo o de aplicación y ejecución de la norma procesal federal, para su resolución deberá acudir a la norma de la especialidad y, en su caso, de mayor rango normativo, por ser ésta en la que se apoyó el legislador, como puede ser un tratado internacional regulado por el artículo 133 de la Constitución Federal. Al efecto, de la interpretación armónica y sistemática de los artículos 2, 3, 5, 10 y 12 de la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, y 3, 5, 6 y 7 del Protocolo adicional a la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, se desprende que resulta aplicable en tratándose de exhortos o cartas rogatorias expedidas en actuaciones en procesos civiles o comerciales por los tribunales del Estado y que tengan por objeto la realización de actos de mero trámite como cuando se trata de notificaciones, citaciones o emplazamientos en el extranjero o a la recepción de pruebas e informes en el extranjero; en el tema de gastos, se estipula que en el trámite y cumplimiento de los exhortos y cartas rogatorias, los gastos y costas correrán por cuenta de los interesados y podrá indicarse, en su caso, la identidad del apoderado del interesado para ese fin, pero se faculta que el Estado requerido realice su trámite aunque no exista la indicación del interesado que resulte responsable del pago de los gastos y costas que se causen. También se prevé que el diligenciamiento del exhorto o carta rogatoria por la autoridad central y los órganos jurisdiccionales del Estado Parte requerido será gratuito, pero éste podrá reclamar de los interesados el pago de aquellas actuaciones que, conforme a su ley interna, deban ser sufragadas directamente por aquéllos, para lo cual el interesado en el cumplimiento de un exhorto o carta rogatoria deberá, según lo prefiera indicar en el mismo la persona que responderá por los costos correspondientes a dichas actuaciones en el Estado Parte requerido, o bien adjuntar al exhorto o carta rogatoria un cheque por el valor fijado, conforme a lo previsto en el artículo 6 del protocolo citado, para su tramitación por el Estado Parte requerido, para cubrir el gasto de tales actuaciones, o el documento que acredite que por cualquier otro medio dicha suma ya ha sido puesta a disposición de la autoridad central de ese Estado. En el mismo sentido se

establece que la circunstancia de que el costo de las actuaciones realizadas exceda en definitiva el valor fijado, no retrasará ni será óbice para el diligenciamiento y cumplimiento del exhorto o carta rogatoria por la autoridad central y los órganos jurisdiccionales del Estado Parte requerido, ya que en el caso de que exceda dicho valor, al devolver el exhorto o carta rogatoria diligenciado, la autoridad central de ese Estado podrá solicitar que el interesado complete el pago. Sobre el tema relativo al pago de los gastos y costas, el artículo 6 del Protocolo referido precisa que al depositar en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos el instrumento de ratificación o adhesión a este protocolo, cada Estado Parte presentará un informe de cuáles son las actuaciones que, según su ley interna, deban ser sufragadas directamente por el interesado, con especificación de las costas y gastos respectivos, así como el valor único que a su juicio cubra razonablemente el costo de aquellas actuaciones, cualquiera que sea su número o naturaleza. Finalmente, se dispone que los Estados Parte podrán declarar que, siempre que se acepte la reciprocidad, no cobrarán a los interesados las costas y gastos de las diligencias necesarias para el cumplimiento de los exhortos o cartas rogatorias, o aceptarán como pago total de ellas el valor único referido u otro valor determinado. Con base en la interpretación sistemática y armónica de las normas federales en conjunción con los principios y normas contenidas en el convenio y protocolo citados, se concluye claramente que los gastos y costas que se tengan que sufragar con motivo de la remisión y trámite al extranjero de un exhorto o carta rogatoria, queda a cargo de los interesados en su recepción, y se desprende además una distinción entre las obligaciones de los Estados parte de la convención y la figura de los interesados, correspondiendo a los primeros su cumplimiento y realización procesal y a los segundos, sufragar aquellos conceptos que resulten necesarios para cumplir con el fin del exhorto o carta rogatoria, a menos que en cada caso se demuestre que exista reciprocidad. El sentido de la interpretación de esos preceptos se adecua, además, al contenido del artículo 17 de la Constitución Federal, en cuanto que la posibilidad del acceso a la tutela judicial efectiva por los tribunales judiciales no se veda por el hecho de que la parte interesada deba sufragar los gastos necesarios para la realización de un trámite relativo a un exhorto o carta rogatoria en el extranjero, pues resulta evidente que se trata de una carga procesal de cuyo cumplimiento depende el desarrollo de una etapa procesal necesaria para que el juicio continúe y llegue a dictarse sentencia, lo que es el último fin de la acción ejercida y en beneficio de la parte interesada; y, por otro lado, dentro del curso ordinario del procedimiento judicial, no se contempla el hecho de que corresponda al tribunal sufragar los gastos que derivan de la traducción de documentos, cuya obligación recae sobre la parte a la que le reportará un beneficio su recepción en el proceso.

Tercer tribunal colegiado en materia civil del primer circuito.

Época: Novena Época
Registro: 189783
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo XIII, Mayo de 2001
Materia(s): Civil
Tesis: I.12o.C.9 C
Página: 1097

Carta rogatoria, diligenciación de la misma, sin satisfacerse los requisitos exigidos para su trámite. No constituye acto consumado

Los efectos de la sentencia de amparo de acuerdo a lo establecido en el artículo 80 de la ley de la materia, son el de restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía violada y restablecer las cosas al estado que guardaban antes de la violación; por ello, si se ha obsequiado y diligenciado una carta rogatoria que no cumple con los requisitos previstos en los artículos 8 de la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, 3 del Protocolo adicional a la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias y en los artículos 323 y 555 del Código Federal de Procedimientos Civiles, se violan los artículos 14 y 16 constitucionales y la circunstancia de que la misma ya se haya cumplimentado, no puede estimarse como un acto consumado que haga improcedente el juicio de amparo, habida cuenta que, como ya se dijo, la finalidad del amparo es reparar la violación de garantías y restituir al quejoso en el pleno goce de ellas, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de esa violación.

Décimo segundo tribunal colegiado en materia civil del primer circuito.
Época: Novena Época
Registro: 200920
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo IV, Noviembre de 1996
Materia(s): Civil
Tesis: VIII.1o.5 C
Página: 434

Emplazamiento en el extranjero. Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias; los agentes diplomáticos o funcionarios consulares de los Estados Parte, están facultados para cumplimentar las diligencias de exhorto o carta rogatoria

Conforme a lo dispuesto en el Convenio de Panamá, de fecha 13/01/1975, que suscribieron los países miembros de la Organización de Estados Americanos, relativa a la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias; su artículo 2, establece que dicha Convención se aplicará a los exhortos o cartas rogatorias expedidas en actuaciones y procesos en materia civil o comercial por los órganos jurisdiccionales de uno de los Estados partes en esa Convención, y que tengan por objeto: a) La realización de actos procesales de mero trámite, tales como notificaciones, citaciones o emplazamientos en el extranjero; b) La recepción y obtención de pruebas e informes en el extranjero, salvo reserva expresa al respecto; y en el artículo 13, expresamente se autoriza a los funcionarios consulares o agentes diplomáticos de los Estados Parte en esa Convención para que den cumplimiento a las diligencias indicadas en el artículo 2, en el Estado donde se encuentren acreditados, siempre que ello no se oponga a las leyes del mismo; agregando que en la ejecución de esas diligencias, no podrán emplearse medidas que impliquen coerción; luego entonces, el cónsul mexicano acreditado en el extranjero, sí tenía facultades para realizar el emplazamiento, en cumplimiento al exhorto que le fue enviado por un juez civil de este país.

Primer tribunal colegiado del octavo circuito.

Época: Novena Época

Registro: 201408

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo IV, Septiembre de 1996

Materia(s): Común

Tesis: XV.2o.8 K

Página: 643

Emplazamiento. No es reclamable en amparo cuando se realiza por una autoridad extranjera, aplicando la ley de su país, en acato a una Convención internacional

Si el emplazamiento reclamado en amparo fue realizado por una autoridad extranjera, conforme con la ley de su país, en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 10, de la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, de acuerdo con la cual los exhortos y cartas rogatorias se tramitarán conforme a las leyes y normas procesales del Estado requerido, es indudable que el juicio de amparo resulta improcedente, porque no sería posible examinar la legalidad de su actuación, ya que no podría sostenerse

que un acto emanado de una autoridad extranjera y realizado conforme a la ley de su país, resulte violatorio de una norma constitucional mexicana, pues el juicio de amparo es un medio de control constitucional creado para proteger a las personas contra actos de autoridades emanadas de la misma Constitución Federal, sean de la Federación, los Estados de la República, el Distrito Federal o los Municipios y demás autoridades que tengan su fuente en la Constitución o en la ley, que violen las garantías individuales, pero no contra autoridades extranjeras.

Segundo tribunal colegiado del décimo quinto circuito.

2. CIDIP II

A) Convención interamericana sobre domicilio de las personas físicas en el Derecho internacional privado

Tesis Aislada

Época: Décima Época

Registro: 2003276

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 3

Materia(s): Civil

Tesis: VII.2o.C.42 C (10a.)

Página: 2150

Emplazamiento. El practicado a persona física en el lugar en que tiene el principal asiento de sus negocios, cumple con el requisito formal del cercioramiento de que “ahí vive” el demandado, exigido por el artículo 76 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Veracruz

Del análisis a la jurisprudencia 1a./J. 69/2010, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIII, enero de 2011, página 141, de rubro: “emplazamiento de persona física. Para establecer el lugar en que debe realizarse es innecesario seguir el orden excluyente previsto en las disposiciones sustantivas que regulan el domicilio como atributo de la personalidad, en caso de no haberse designado uno convencional (legislaciones de los estados de Puebla, Jalisco, Distrito Federal Y Chiapas)”, se infiere que si bien es cierto que el artículo 76 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado establece que respecto a las formalidades del emplazamiento éste debe practicarse donde vive el

interesado, también lo es que ello no debe interpretarse en sentido estricto rígido, pues el diverso artículo 75 prevé que deberá designarse "la casa en que haya de hacerse la primera notificación a la persona o personas contra quienes promuevan"; por tanto, ambas normas no sólo tienen elementos objetivos o materiales, sino también contienen elementos normativos o teleológicos que necesitan ser descubiertos. Así, cuando una norma contenga en un enunciado un elemento normativo, habrá que definir el alcance de éste, atento a lo que jurídicamente está refiriendo. En ese orden de ideas, para determinar el lugar en donde deba hacerse el emplazamiento al demandado, conforme a la legislación estatal, tendrá que acudir al artículo 37 del Código Civil para esa entidad, que señala que el domicilio de las personas físicas puede ser el lugar donde reside; donde tiene el principal asiento de sus negocios; o, en el que se halle. Lo cual es acorde con el artículo 2 de la Convención interamericana sobre domicilio de las personas físicas en el derecho internacional privado. Ello es así, puesto que de dicho numeral puede establecerse que el domicilio cumple, en el derecho, la misma función que desempeña en las relaciones sociales, esto es, constituye el centro de la vida de las relaciones de la persona; asimismo, indica la idea de permanencia y estabilidad del sujeto en un determinado lugar (residencia habitual). Por tanto, desde el punto de vista de la técnica jurídica, es preciso determinar objetivamente, en mérito de la certeza y de la seguridad jurídica, ese centro especial de ubicación de la persona, de tal manera que ésta debe tener necesariamente un domicilio, pues es uno de los atributos de aquélla. Consecuentemente, el emplazamiento puede realizarse, entre otros supuestos, en el lugar en que el interesado tiene el principal asiento de sus negocios, lo cual queda subsumido al término "vive", pues constituye uno de los centros de la vida de las relaciones de la persona; y para los efectos del emplazamiento, el término ahí "vive" establecido en el referido artículo 76 debe interpretarse en un sentido amplio concatenado con los diversos 75 del Código Procesal y 37 del Código Civil, es decir, si las diligencias relativas al emplazamiento se realizan en el lugar en que tiene el principal asiento de sus negocios, resulta innecesario que en ésta, el actuario judicial, señale y se cerciore de que además de que es el principal asiento de sus negocios, el interesado ahí "vive", pues este requisito se tiene por cumplido al cerciorarse que se realiza en él.

Segundo tribunal colegiado en materia civil del séptimo circuito.

B) Convención interamericana sobre normas generales de Derecho internacional privado

Tesis Aislada

Época: Décima Época

Registro: 2007090

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
Libro 9, Agosto de 2014, Tomo III
Materia(s): Civil
Tesis: I.3o.C.140 C (10a.)
Página: 1776

Fraude a la ley. Elementos definitorios

De lo establecido por las normas existentes en la materia (artículos 6, 8 y 15 de los Códigos Civil Federal y del Distrito Federal, así como el 6 de la Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado suscrita por el Ejecutivo Federal y aprobada por el Senado de la República), y en la doctrina de tradición romano-germánica extranjera y nacional (Alexandre Ligeropoulo, Calixto Valverde y Valverde, Juan Ruiz Manero, Manuel Atienza, José Louis Estevez, Francisco Ferrara, Enneccerus, Kipp y Wolff, Rojina Villegas, Pereznieta Castro y Arrellano García), pueden extraerse como elementos definitorios del fraude a la ley, los siguientes: 1. Una norma jurídica de cobertura, a cuyo amparo el agente contravendrá otra norma o principio; 2. Una norma, principio o valor jurídicos que rigen o delimitan a la norma de cobertura; y, 3. La existencia de ciertas circunstancias de la aplicación de la norma 1, que revelan la evasión de 2.

Tercer tribunal colegiado en materia civil del primer circuito.
Época: Novena Época
Registro: 188551
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo XIV, Octubre de 2001
Materia(s): Civil
Tesis: XVI.4o.5 C
Página: 1158

Poderes. Aquellos que otorgan las instituciones de crédito no requieren de más requisitos que los contemplados por el segundo párrafo del artículo 90 de la ley de instituciones de crédito, sin que este precepto contravenga el principio de jerarquía a que alude el artículo 133 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos

El artículo 9 de la Convención interamericana sobre las normas generales de Derecho internacional privado, celebrada en Montevideo, Uruguay, el ocho de mayo de mil novecientos setenta y nueve, dispone: “Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones.-Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea, se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”. De este precepto no se evidencia expresión alguna que haga presumir siquiera que la intención de las partes que aceptaron los acuerdos tomados en aquella convención, fuese la de derogar el principio de derecho que reconoce el sistema jurídico mexicano de que la ley especial prevalece sobre la general, pues ante todo la intención del legislador es la de procurar la expeditéz en las distintas relaciones económicas que se dan entre los particulares y las instituciones bancarias, desde luego, procurando que aquéllos cuenten con un mínimo de requisitos para lograr una efectiva seguridad de que las personas con quienes contratan cuenten con la representación del banco y tengan la posibilidad de impugnar algún vicio o defecto del poder respectivo. En esas condiciones, no se puede sostener que aquel tratado internacional establezca la obligación de que en los poderes que otorguen tales instituciones crediticias, deban aplicarse todas las normas generales que confluyan a regular dicha institución jurídica, pues de así haberlo querido, es evidente que en el numeral de referencia se hubiese recogido tal intención, es decir, la aplicación indefectible de todas y cada una de las normas, al margen de lo que dispusiese la ley especial. En ese orden de ideas, si aquel precepto enuncia que las dificultades que se lleguen a presentar por la aplicación simultánea de las distintas leyes, debe resolverse teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad, es dable concluir que lo acordado en el convenio internacional sólo persigue el respeto a las garantías de audiencia, de defensa y de legalidad, de modo que deba procurarse que los particulares cuenten con la posibilidad de poder controvertir la representación de quienes litigan en su contra, lo cual, evidentemente, se cumple cuando la propia ley establece un mínimo de requisitos a observar en los poderes de los bancos y no con la generalidad de las leyes. Por tanto, no es el caso de examinar si la convención interamericana en cita debe aplicarse preferentemente al artículo 90 de la Ley de Instituciones de Crédito, como tampoco se presenta un problema que deba dilucidarse a la luz del artículo 133 constitucional.

Cuarto tribunal colegiado del décimo sexto circuito.

C) Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros

Otros:

Amparo en Revisión 486/2014. Resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ministro ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Acuerdo del 11 de marzo de 2015. Pasajes donde se menciona: "Considera que la inconstitucionalidad del precepto se actualiza si se considera que el emplazamiento materia de litis, no se practicó legalmente, pues las reglas aplicables sobre el emplazamiento, sin precisamente las establecidas en el inciso e) del artículo 2 de la Convención interamericana sobre eficacia extra-territorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, la cual tiene jerarquía superior al Código de Comercio". "Considera que la sentencia es inconstitucional, pues no se aplicó ni se interpretó debidamente la ley vigente con anterioridad al hecho, como lo es la Convención interamericana sobre eficacia extra-territorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros; así como el Convenio sobre la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales o extrajudiciales en materia civil o comercial". "Dicho concepto de violación resulta infundado, toda vez que el quejoso parte de una premisa errónea, al considerar que la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, en su artículo 2, inciso e), establece una restricción para la legislación interna respecto de la homologación de sentencias, al señalar que no pueden imponerse mayores requisitos respecto del emplazamiento". "No obstante lo anterior, si bien el Código de Comercio y la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros deben ser analizadas bajo el principio de supremacía constitucional, también lo es que en el caso no existe la contravención que aduce la parte quejosa, pues la norma de fuente internacional obliga al Estado a verificar que la forma en la que fue emplazado, coincida con la legislación en donde se va a ejecutar, es decir, el lugar en el que se ocasionará la afectación, pero no obliga a determinar la forma en la que debe de realizarse dicha notificación; por lo que no existe vinculación al legislador interno para determinar la forma en que debe practicarse ese emplazamiento"².

D) Convención interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero

² Texto disponible en:

línea: https://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiHkezK19DPAhWi7YMKHT_yDggQFggrMAM&url=http%3A%2F%2Fwww2.scjn.gob.mx%2Fjuridica%2Fengroses%2Fcerrados%2FPublico%2F14004860.002-2692.doc&usq=AFQjCNGC2JiI8KPbnGX6oArS9VOa0FmSUA&bvm=bv.135258522,d.amc

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Registro digital: 2014609

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Décima Época

Materias(s): Civil

Tesis: III.2o.C.82 C (10a.)

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 43, Junio de 2017, Tomo IV, página 2888

Tipo: Aislada

Convención interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero. No sólo es posible demostrarlo a través de los medios de prueba reconocidos por ésta, sino también por la legislación local respectiva (legislación del Estado de Jalisco)

La citada Convención tiene como propósito fundamental la cooperación internacional entre el Estado requirente (aquel que pretende conocer el derecho extranjero de otro) y el Estado requerido (aquel cuyo derecho extranjero se desconoce), para dilucidar un aspecto relacionado con el texto, alcance y sentido del derecho correspondiente. Esta cooperación, de acuerdo con el artículo 3 de la convención, puede proporcionarse por el Estado requerido a través de los "medios idóneos" previstos tanto en la ley del Estado requirente, como por la del Estado requerido. Es decir, si en un determinado asunto el Estado requirente fuese México (Jalisco) y el Estado requerido Estados Unidos de América (Texas), la información podría aportarse por cualquiera de los medios probatorios reconocidos por el Estado requirente (válidos conforme al Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco), o por los previstos en el Estado requerido (normas aplicables en el Estado de Texas). De manera enunciativa, mas no limitativa, el artículo 3 referido prevé tres tipos de medios idóneos para aportar la información: a. La 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; y, c. Los informes del Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su derecho sobre determinados aspectos. No obstante, estas modalidades de prueba no excluyen que la información pueda aportarse por otros medios, como podría ser, por ejemplo, una inspección judicial realizada por las autoridades del Estado requerido. Asimismo, la información aportada por éste en términos de la convención referida, no es la única manera en que puede acreditarse el derecho extranjero, pues la legislación encargada de establecer las exigencias para que ello ocurra, es la local (*lex fori regit processum*), por lo que será ésta, en última instancia, la que determinará cuáles son las pruebas aptas para demostrar el derecho extranjero. En el caso de

Jalisco, por ejemplo, el artículo 289 del Código de Procedimientos Civiles del Estado, no enuncia un catálogo explícito de medios de convicción que sean más o menos idóneos que otros para demostrar el derecho extranjero, pues sólo establece que éste será materia de prueba, sin expresar de qué manera debe probarse. Es decir, dicho precepto no establece que el derecho extranjero sólo pueda probarse a través de los informes rendidos por las autoridades de los países cuyo derecho está en pugna, a través de los medios reconocidos en la convención citada, sino que deja la puerta abierta para que ello se demuestre por otros medios de convicción. Desde luego que, por lógica elemental, siempre será más idónea la información aportada por las autoridades del Estado extranjero cuyo derecho se pretende conocer, pero ello no excluye la posibilidad de que éste se demuestre a partir de los datos aportados por las propias autoridades del Estado del lugar del órgano jurisdiccional, cuando son conocedoras o especialistas en el derecho extranjero que se intenta conocer, incluso, la demostración del derecho extranjero podría provenir de juristas que acrediten tener conocimientos sobre el derecho extranjero que se pretende dilucidar, en cuyo caso, quedará al prudente arbitrio judicial, decidir si con la información aportada se probó o no el derecho extranjero.

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito

Amparo directo 865/2016. Leopoldo Franco Arana. 31 de marzo de 2017. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Domínguez. Secretario: Manuel Ayala Reyes.

Esta tesis se publicó el viernes 23 de junio de 2017 a las 10:29 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Registro digital: 2014608

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Décima Época

Materias(s): Civil, Común

Tesis: III.2o.C.20 K (10a.)

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 43, Junio de 2017, Tomo IV, página 2887

Tipo: Aislada

Convención interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero. La opinión consular de las autoridades mexicanas respecto de éste, no forma parte de los medios de prueba reconocidos por aquélla.

La carta emitida por el Departamento de Protección y Asuntos Legales del Consulado General de México en San Antonio, Texas, no forma parte de los medios de prueba previstos en el artículo 3 de la convención citada, dado que no se trata de un informe aportado por un Estado requerido o extranjero, respecto de su derecho, que es el modelo para el que fue diseñado dicho instrumento internacional, sino que es aportada por una autoridad del propio Estado Mexicano. Sin embargo, el hecho de que no se ubique dentro de las modalidades de prueba que tal convención prevé, no significa que carezca de valor y alcance probatorio para acreditar el derecho extranjero, pues la legislación encargada de establecer las exigencias para demostrarlo, es la local (*lex fori regit processum*), por lo que será ésta, en última instancia, la que determinará cuáles son las pruebas que pueden ser aptas para tal fin.

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito

Amparo directo 865/2016. Leopoldo Franco Arana. 31 de marzo de 2017. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Domínguez. Secretario: Manuel Ayala Reyes.

Esta tesis se publicó el viernes 23 de junio de 2017 a las 10:29 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Tesis Aislada

Época: Novena Época

Registro: 177627

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo XXII, Agosto de 2005

Materia(s): Penal

Tesis: III.2o.P.171 P

Página: 1898

Derecho extranjero. Debe demostrarse en el proceso penal cuando se alegue en relación con la excluyente relativa al error de prohibición que establece el artículo 15, fracción viii, inciso b), del Código Penal Federal

Cuando el inculpado alega que cometió el delito de portación de arma de fuego sin licencia, bajo la creencia de que su conducta se justifica porque en el país de donde proviene, se permite portar armas con la condición de llevarlas descargadas y separadas de sus cargadores, de conformidad con el artículo 15, fracción VIII, inciso B), del Código Penal Federal, cuyo tenor literal es: “El delito se excluye cuando: (...) VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible: (...) B) Respecto de la licitud de la conducta,

ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta”; debe en primer lugar demostrar que el derecho de ese país contiene una norma legal que corrobora su argumentación que precisamente lo llevó a caer en el error. Ahora bien, lo anterior no contraviene el principio jurídico de que el derecho no está sujeto a prueba, pero tratándose del extranjero, el juzgador nacional no está obligado a conocerlo, de ahí que corra a cargo de las partes su demostración al invocarlo en su favor, en términos de la Convención interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero, publicada en el Diario Oficial de la Federación el veintinueve de abril de mil novecientos ochenta y tres que en lo que interesa convino: “Artículo 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”; por tanto, si el inculpado hace partir su error de preceptos legales a los que estaba sometido en un país extranjero, los cuales estimó aplicables en territorio mexicano, no basta sólo su invocación sino que debe acreditar su existencia y que contemplan los supuestos en el sentido que alega lo hizo caer en la creencia falsa, de tal suerte que si no ofrece pruebas en torno a ese punto, el juzgador no puede emprender el análisis de la excluyente citada.

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito.

Época: Novena Época

Registro: 187245

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo XV, Abril de 2002

Materia(s): Civil

Tesis: I.3o.C.303 C

Página: 1248

Derecho extranjero. Para demostrarlo resulta aplicable lo dispuesto en la Convención interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29/94/1983

De la interpretación sistemática de los artículos 14, fracción I, del Código Civil Federal; 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles, y de la exposición de motivos del decreto publicado el doce de enero de mil novecientos noventa y ocho, que adicionó el segundo de esos preceptos, se desprende que para probar el derecho extranjero son atendibles las convenciones internacionales en donde México ha sido parte integrante, al

formar éstas parte del derecho nacional, en términos de lo dispuesto en el artículo 133 constitucional. Sobre el particular, destaca la Convención interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero, firmada en Montevideo, Uruguay, el 08/05/1979, y publicada en el órgano oficial informativo de la Federación el 29/04/1983, de cuyos artículos 1 y 3 se advierte la existencia de la cooperación entre los Estados-partes de ese convenio con la finalidad de obtener con mayor facilidad y menor tiempo los elementos de prueba idóneos e información acerca de un derecho extranjero de un país que tenga que aplicarse en otro, los elementos de prueba idóneos y la información acerca del derecho extranjero requerido para ser aplicado a un determinado caso, siendo éstos, entre otros de la misma naturaleza: a) El documento consistente en copia certificada 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; y, c) Los informes del Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su derecho sobre determinados aspectos. Cabe destacar que los dos primeros presupuestos a probar están dirigidos a la parte que invoca el derecho extranjero, los que se estiman esenciales para que el juez de instrucción tenga todos los elementos necesarios para establecer la forma de aplicación de las normas extranacionales, y el último está encauzado a las autoridades jurisdiccionales, quienes podrán solicitar los informes que ahí se refieren, según lo establecido en el citado artículo 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles; no siendo este presupuesto determinante para acreditar el derecho extranjero y su aplicación, dado que es una potestad del órgano jurisdiccional ejercerla o no, según su arbitrio judicial.

Tercer tribunal colegiado en materia civil del primer circuito.

3. CIDIP III

A) Convención interamericana sobre personalidad y capacidad de personas jurídicas en el Derecho internacional privado

Tesis Aislada

Época: Décima Época

Registro: 2005657

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 3, Febrero de 2014, Tomo III

Materia(s): Común

Tesis: IV.2o.A.46 K (10a.)

Página: 2243

Amparo promovido por la federación, los Estados, el Distrito Federal, los municipios o cualquier persona moral pública. Los criterios de interpretación emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto del artículo 9 De la ley de amparo abrogada, son aplicables para su procedencia en términos del artículo 7 de la ley vigente

El artículo 7 de la Ley de amparo vigente, es similar al 9 del ordenamiento en la materia abrogado, y las diferencias existentes entre ambas disposiciones estriban en que la referencia a: “personas morales oficiales” de éste, como legitimadas para promover el juicio, fue sustituida, en aquél, por: “la Federación, los Estados, el Distrito Federal, los Municipios o cualquier persona moral pública”; asimismo, en lugar de aludirse únicamente al “acto o a ley que se reclame”, ahora se hace referencia a “norma general, acto u omisión”, como reclamables y, finalmente, en la disposición vigente se expresa que la afectación patrimonial debe ser en las “relaciones jurídicas en las que se encuentren en un plano de igualdad con los particulares”, sin que el Poder Reformador expresara el motivo que dio lugar a la modificación de la disposición en comento. No obstante, debe considerarse que la intención del propio legislador al crear el artículo 9o. referido, con una redacción diferente a la utilizada antes de su entrada en vigor, no implica variación alguna en su sentido y alcance que amerite darle una interpretación distinta, por lo que los criterios que la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo en relación con el amparo solicitado por las personas morales oficiales, al emitir la tesis de rubro: “ESTADO, IMPROCEDENCIA DEL AMPARO PEDIDO POR EL.”; la jurisprudencia 2a./J. 45/2003 y las tesis aisladas P. XXV/2010, 1a. XXXIX/2011, 2a. XLVII/2013 (10a.) y 1a. CXIII/2013 (10a.), en el sentido de que están legitimadas para acudir al juicio, por cualquier situación especial que pudiera afectar sus intereses patrimoniales en la que se ubiquen en un plano de derecho equiparable al de cualquier persona del derecho privado e, incluso, ante otros entes jurídicos oficiales, siguen vigentes de conformidad con el artículo sexto transitorio de la Ley de Amparo vigente, pues no contrarían sus disposiciones. Esto es así, porque conforme al artículo 1 de la Convención interamericana sobre personalidad y capacidad de personas jurídicas en el derecho internacional privado, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 19/08/1987, y a las disposiciones del título segundo del libro primero del Código Civil Federal, que hace referencia a las personas jurídicas de carácter público y de naturaleza privada, la persona jurídica pública recae en un ente indeterminado denominado Estado-gobierno que se compone de diversos órganos públicos que dependen de él, por lo que las personas morales o jurídicas públicas, como se denominan en la ley actual, también son llamadas personas morales o jurídicas oficiales, como se señalaban en la ley abrogada y, en esencia, están referidas a la

entidad Estado-gobierno, por lo que la variación en la redacción de la norma en vigor no implica un entendimiento distinto al sentido que la legislación anterior indicaba. Además, el hecho de que actualmente se precise que esas personas morales públicas pueden promover amparo contra toda norma general, acto u omisión de la autoridad, cuando la previa refería a las “leyes o actos”, implica lógicamente la adecuación en la redacción con las demás disposiciones que integran el ordenamiento fuente y, finalmente, el hecho de que se añadiera que el amparo procede contra una norma general, acto u omisión, que afecten a aquéllas en su patrimonio, “respecto de relaciones jurídicas en las que se encuentren en un plano de igualdad con los particulares”, tampoco implica dar una interpretación diversa al sentido de la norma, pues esa precisión válidamente puede derivar de los múltiples criterios jurisprudenciales emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los términos precisados, máxime que en la propia iniciativa en que se propuso la norma como fue publicada, se indicó que el antecedente de la propuesta era el proyecto de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde, a su vez, se integró el numeral 6o. con redacción similar al ahora publicado, motivándose en el sentido de que se optó por permitir a los entes ahí mencionados el acceso al amparo cuando actúen en un plano de igualdad con los particulares, porque en tales casos se han despojado de sus facultades de imperio.

Segundo tribunal colegiado en materia administrativa del cuarto circuito.

4. CIDIP IV

A) Convención interamericana sobre restitución internacional de menores

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Registro digital: 2019994

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Décima Época

Materias(s): Civil

Tesis: XXX.1o.14 C (10a.)

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 67, Junio de 2019, Tomo VI, página 5148

Tipo: Aislada

Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Para la sustanciación del procedimiento de

restitución que se siga entre los Estados parte de aquélla (México y España), sólo puede acudirse a los ordenamientos adjetivos locales, sin que proceda tramitarse con base en otros Tratados internacionales, como la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores, si alguno de los Estados intervinientes forma parte de ésta

En las tesis aisladas 1a. CXXVI/2004, 1a. CCLXXXI/2013 (10a.) y 1a. CCLXXXII/2013 (10a.), la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que para el trámite de los asuntos relacionados con la restitución internacional de menores, la Convención de La Haya no ha creado un nuevo procedimiento para cumplir con sus fines, pero sí establece que dichos asuntos se tramitarán mediante los procedimientos más expeditos disponibles; de manera que en cada legislación procesal civil se establecen las reglas generales, etapas, plazos y demás requisitos bajo los cuales deben seguirse dichos procedimientos; siendo necesario que esas legislaciones establezcan los aspectos relativos a los derechos fundamentales de audiencia y de defensa que tienen las partes y, en general, los del debido proceso que deberán seguirse para el trámite de la restitución internacional de menores. Por tanto, para la sustanciación del procedimiento de restitución internacional de menores que se siga entre los Estados que, como México y España, son parte de la Convención de La Haya, sólo puede acudirse a los ordenamientos adjetivos locales, sin que sea posible tramitarlo con base en los términos y procedimientos establecidos en otros tratados internacionales, como la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores, que en su artículo 12 contempla un plazo de ocho días para oponerse al trámite y de sesenta días para resolver, mientras que la Convención de La Haya no señala un procedimiento específico para la tramitación judicial de la restitución internacional de menores; sin embargo, el análisis sistemático de los artículos 2, 7, inciso f), 11, 12, 13 y 20 de la Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, permite concluir que así fue pactado por los Estados contratantes para tener libertad de llevarlo a cabo con los procedimientos locales, sin imponer alguno otro; por tal razón, no se puede aplicar el procedimiento previsto en la referida Convención interamericana, ya que España no forma parte de la misma.

Primer Tribunal Colegiado del Trigésimo Circuito

Amparo directo 10/2019. 7 de marzo de 2019. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Ángel Alvarado Servín. Secretario: Abraham Rodríguez Trejo.

Nota: Las tesis aisladas 1a. CXXVI/2004, de rubro: “Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Cumple con los requisitos legales y constitucionales para su validez”, 1a. CCLXXXI/2013 (10a.) y 1a. CCLXXXII/2013 (10a.), de títulos y subtítulos: “Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. No vulnera el derecho fundamental de audiencia” y “Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”. No vulnera el derecho fundamental de acceso a la justicia”, citadas, aparecen publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XX, diciembre de 2004, página 355 y Décima Época, Libro XXV, Tomo 2, octubre de 2013, página 1045, respectivamente.

Esta tesis se publicó el viernes 07 de junio de 2019 a las 10:13 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Tesis Aisladas

Época: Décima Época

Registro: 2008705

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 16, Marzo de 2015, Tomo III

Materia(s): Común

Tesis: III.5o.C.15 K (10a.)

Página: 2525

Suspensión definitiva en el amparo. Hipótesis en que procede concederla contra el acuerdo emitido en el trámite de restitución internacional de menores que ordenó su aseguramiento en un albergue

Conforme al interés superior del menor, tutelado por los artículos 4, párrafo noveno, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25/01/1991 y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, el cual implica que el desarrollo de éstos y el ejercicio pleno de sus derechos sean considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y su aplicación en todos los órdenes relativos a su vida, y acorde con la jurisprudencia 1a./J. 25/2012 (9a.), de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XV, Tomo 1, diciembre de 2012, página 334, de rubro: "INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO.", no es legal ni sanamente factible que a los niños se les interne en una institución por tiempo indefinido, en tanto se resuelve el trámite de su

restitución sustanciada con base en los artículos 3, 7, 10, 12, 13 y 30 de la Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, así como 1, 2, 10, 11, 12 y 13 de la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores, cuando no se aprecie la existencia de un peligro físico, psíquico o emocional para ellos, por lo que deben implementarse otras medidas para salvaguardar su integridad física, así como para que no se les oculte o traslade fuera de la jurisdicción del Juez que conozca del asunto, permaneciendo con el progenitor con quien se encontraban. Por tanto, atento al principio de la apariencia del buen derecho que rige en materia de suspensión del acto reclamado, al igual que al interés superior del menor, en la hipótesis indicada, debe concederse la medida suspensiva definitiva solicitada contra el acuerdo emitido en el trámite referido que ordenó su aseguramiento en un albergue.

Quinto tribunal colegiado en materia civil del tercer circuito.

B) Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias

Época: Décima Época

Registro: 2008049

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo IV

Materia(s): Civil

Tesis: XI.1o.C.21 C (10a.)

Página: 2898

Alimentos. Las resoluciones dictadas en esa materia deben ser ejecutadas de inmediato, aunque proceda algún recurso en su contra (legislación del Estado de Michoacán)

De acuerdo con los artículos 17 de la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias y, 1296 y 1297 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Michoacán abrogado, las resoluciones judiciales que se dicten en materia de alimentos deben ser ejecutadas de inmediato por la autoridad competente, aun cuando en su contra proceda algún medio ordinario de defensa, a fin de que se cumpla con el objetivo de la obligación alimentaria consistente en cubrir tal necesidad que, por su naturaleza, es de atención inaplazable.

Primer tribunal colegiado en materia civil del décimo primer circuito.

Época: Décima Época
Registro: 2006058
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
Libro 4, Marzo de 2014, Tomo II
Materia(s): Constitucional, Civil
Tesis: I.11o.C.51 C (10a.)
Página: 1578

Juicio de paternidad. Cuando el actor sea un menor, si existen elementos que hacen presumir, prima facie, en alto grado verosímil la existencia de la relación filial, es válido sustentar la medida cautelar de pensión alimenticia provisional, mediante la interpretación y aplicación de los principios y directrices protectores contenidos en los documentos internacionales y a los principios internos de interpretación conforme y *pro homine*

Aunque documentos internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño en sus artículos 3, 4, 6, 18 y 27; la Convención Americana sobre Derechos Humanos en sus artículos 1, 19 y 26 y la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias en sus artículos 4, 5, 6 y 7, no contienen en específico, una disposición o condición de aplicación por adecuación inmediata, que disponga que en los juicios de filiación o paternidad, en que algún menor sea actor, se decretará como medida provisional el pago de los alimentos provisorios; y tampoco se dispone que será procedente la medida cautelar en esa clase de juicios, cuando en el procedimiento se desahogue la prueba pericial y su resultado positivo permita tener probado el lazo filial de manera presuntiva, antes del dictado de la sentencia. Sin embargo, dichos documentos internacionales contienen principios y directrices protectores, como los que señalan: consideración primordial basada en el interés superior del menor; los Estados le asegurarán la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar y cumplirán las normas protectoras; buscarán la efectividad de sus derechos hasta el máximo, como los inherentes a su supervivencia, en un nivel de vida adecuado para su desarrollo; que tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de los alimentos; que es derecho del menor gozar de medidas de protección que su condición requiere; que toda persona tiene derecho a recibir alimentos, sin distinción de nacionalidad, raza, sexo, religión, filiación, origen o situación migratoria, o cualquier otra forma de discriminación; y que las decisiones en tal sentido, no prejuzgan acerca de las relaciones de filiación y de familia entre el acreedor y el deudor de alimentos, conforme al ordenamiento jurídico interno, los que obligan a los Estados y a sus autoridades, como a los jueces, a actuar de una manera especial a favor

de los niños, lo que se consigue mediante la aplicación de dichos principios observándolos a la luz del régimen interno. Así, el juzgador, atento a ellos y a los principios internos de interpretación conforme y *pro homine*, en términos de los artículos 1o. y 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe privilegiar la interpretación de las normas más favorables a favor de los menores, eligiendo aquella que mejor se ajuste a lo dispuesto en la Constitución, y actúe de una manera más protectora de sus intereses, interpretando y argumentando con base en principios, para lograr la efectividad de los derechos fundamentales, frente al vacío legal. Por tanto, el juzgador debe ponderar que cuando se demanda el reconocimiento de paternidad, está obligado a tener presente que dicha demanda no sólo se relaciona con el derecho que tiene el menor a indagar y conocer la verdad sobre su origen, sino que ese conocimiento involucra los derechos que le resultan fundamentales como los alimentos. Luego, si en el juicio de paternidad existen elementos que hacen presumir, *prima facie*, en alto grado verosímil la existencia de la relación filial, es válido sustentar la medida cautelar de pensión alimenticia provisional, mediante la interpretación y aplicación de dichos principios y de la interpretación de la ley interna.

Décimo primer tribunal colegiado en materia civil del primer circuito.

Época: Décima Época

Registro: 2004241

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Libro XXIII, Agosto de 2013, Tomo 3

Materia(s): Constitucional

Tesis: VII.2o. (IV Región) 2 P (10a.)

Página: 1660

Incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar. El artículo 221 del Código Penal del Estado de Michoacán que lo sanciona con pena privativa de libertad, no viola los artículos 17 de la constitución federal y xxv de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

El citado dispositivo, que sanciona con pena privativa de libertad a la persona que sin motivo justificado incumpla, respecto de sus hijos, cónyuge o cualquier otro familiar, con el deber de asistencia a que esté obligado, consistente en ministrar los recursos necesarios para atender las necesidades de alimentación, casa, vestido y salud, cuando con ello se ponga en estado de peligro a sus acreedores, no viola los artículos 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y XXV de la Declaración Americana de los

Derechos y Deberes del Hombre, que prohíben la prisión por deudas de carácter puramente o netamente civil. Esto es así, porque los vocablos “puramente” y “netamente” empleados respectivamente, en los citados preceptos, atienden a relaciones generadas en el derecho privado entre deudor y acreedor; es decir, del acuerdo celebrado entre dos o más particulares, que tiene por objeto crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. Sin embargo, en el caso del antijurídico de incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar, no se está ante una controversia de esa índole, sino una de carácter estrictamente familiar y, en consecuencia, ante un deber que emana de la ley cuyo cumplimiento no admite negociaciones, al no derivar de un convenio celebrado entre particulares en el que las partes pudieran pactar libremente sus obligaciones; de tal suerte que, la observancia de ese deber es de orden público, dado que la sociedad está interesada en que el Estado vele por la subsistencia de los acreedores alimentarios. Máxime que el derecho humano a percibir alimentos ha sido consagrado en la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias -publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18/11/1994- en la que se recoge esta prerrogativa, lo que pone de manifiesto que ante la protección de que goza el derecho a percibir alimentos, el incumplimiento por parte del deudor de su deber actualiza una conducta antijurídica regulada por el Estado.

Segundo tribunal colegiado de circuito del centro auxiliar de la cuarta región.

Época: Décima Época

Registro: 2003058

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 3

Materia(s): Constitucional

Tesis: VII. 2º (IV Región) 16 P (10a.)

Página: 2021

Incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar. El artículo 221 del Código Penal del Estado de Michoacán que lo sanciona con pena privativa de libertad, no viola los artículos 17 de la Constitución Federal y XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

El citado dispositivo, que sanciona con pena privativa de libertad a la persona que sin motivo justificado incumpla, respecto de sus hijos, cónyuge o cualquier otro familiar, con el deber de asistencia a que esté obligado, consistente en ministrar los recursos necesarios para atender las necesidades

de alimentación, casa, vestido y salud, cuando con ello se ponga en estado de peligro a sus acreedores, no viola los artículos 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que prohíben la prisión por deudas de carácter puramente o netamente civil. Esto es así, porque los vocablos "puramente" y "netamente" empleados respectivamente, en los citados preceptos, atienden a relaciones generadas en el derecho privado entre deudor y acreedor; es decir, del acuerdo celebrado entre dos o más particulares, que tiene por objeto crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. Sin embargo, en el caso del antijurídico de incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar, no se está ante una controversia de esa índole, sino una de carácter estrictamente familiar y, en consecuencia, ante un deber que emana de la ley cuyo cumplimiento no admite negociaciones, al no derivar de un convenio celebrado entre particulares en el que las partes pudieran pactar libremente sus obligaciones; de tal suerte que, la observancia de ese deber es de orden público, dado que la sociedad está interesada en que el Estado vele por la subsistencia de los acreedores alimentarios. Máxime que el derecho humano a percibir alimentos ha sido consagrado en la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias -publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18/11/ 1994- en la que se recoge esta prerrogativa, lo que pone de manifiesto que ante la protección de que goza el derecho a percibir alimentos, el incumplimiento por parte del deudor de su deber actualiza una conducta antijurídica regulada por el Estado.

Segundo Tribunal Colegiado De Circuito Del Centro Auxiliar De La Cuarta Región

III. A modo de conclusión

El reporte presentado destaca la significativa influencia y, por ende, impacto que las Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado han tenido en el orden jurídico mexicano. A través de un análisis detallado, en este texto se demuestra cómo México ha incorporado el contenido de tales convenciones en su legislación y cómo los tribunales nacionales las han aplicado en diversos casos.

Se subraya que, aunque el impacto de estas convenciones es evidente en la legislación y en la jurisprudencia mexicanas, existen desafíos en su implementación efectiva. Estos desafíos incluyen la necesidad de una mayor armonización entre las normas nacionales e internacionales y la importancia de fortalecer la formación y capacitación de los operadores jurídicos para asegurar una aplicación coherente y efectiva de las normas internacionales en el ámbito local.

Asimismo, en este reporte se resalta la importancia de las tesis aisladas emitidas por los tribunales mexicanos que, aunque no son vinculantes, sirven como criterios orientadores para interpretar y aplicar las convenciones interamericanas. Estas tesis muestran cómo los tribunales han manejado casos específicos, proporcionando un marco de referencia valioso para futuros casos que involucren el Derecho internacional privado.

Por último, es preciso externar que las Convenciones interamericanas, emanadas de las diferentes CIDIPs, han jugado y continúan desempeñando un papel importante para “salir” del territorialismo extremo que solía caracterizar a países como México. Si bien dichas Convenciones interamericanas han logrado integrarse en el marco legal mexicano, todavía hay un camino por recorrer para garantizar su plena efectividad. Se requiere un esfuerzo continuo para mejorar la educación jurídica³, la coherencia normativa y la sensibilización sobre la importancia de estos instrumentos en la protección de los derechos en un contexto globalizado.

³ Acerca de la enseñanza del Derecho internacional privado en México, véase nuestro texto: “Private international law and teaching methodology in Mexico”, en: Kramer, X. / Carballo Piñeiro, L. (Eds.), *Private International Law. A Handbook on Regulation, Research and Teaching* (capítulo 17), Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2024, pp. 336-357, o su versión en español: “Enseñanza del Derecho Internacional Privado en México”, *UACJ. Revista Especializada en Investigación Jurídica*, n° 15, año 8, 2024, pp. 1-27, doi: <http://dx.doi.org/10.209883/reij.2024.2.3>.

¿Cómo han influido las Conferencias especializadas sobre Derecho internacional privado en el derecho interno paraguayo?

Felicita ARGAÑA BENDLIN*

Sumario: I. Introducción. II. La influencia de las Conferencias Especializadas sobre Derecho Internacional Privado en la redacción de normas internas del Paraguay. III. Recopilación de jurisprudencia paraguaya en las que se haya aplicado Convenciones interamericanas, producto de las Conferencias Especializadas sobre Derecho Internacional Privado.

I. Introducción

Mucho puede hablarse de las Conferencias Especializadas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIPs) y sobre su influencia en el ámbito interno del derecho paraguayo. El presente reporte será un humilde intento de demostrar, en forma breve y concreta, este último punto.

Primeramente se hará una mención de la influencia que han tenido las CIDIPs en lo referente a la redacción o reforma de las normas de Derecho internacional privado (DIPr) de fuente interna del Paraguay.

En una segunda parte del trabajo, se expondrá una recopilación de jurisprudencia paraguaya, referente a fallos, dictados en diversos fueros, en los que se haya aplicado o invocado las Convenciones interamericanas, que fueran producto de las diversas CIDIPs. La recopilación a la que me refiero, cuenta con un breve resumen de cada caso, destacándose el modo en el que el órgano jurisdiccional paraguayo ha aplicado estos instrumentos de carácter internacional.

* Abogada y Notaria, egresada de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”. LLM por la London School of Economics and Political Science – LSE, Chevening Scholar (2018). Magíster en Derecho Público y Gestión de Políticas Públicas con énfasis en Derecho Constitucional, Administrativo e Internacional Público por la Universidad Columbia de Paraguay (2018). En el ámbito laboral, se desempeña como *Project Leader* del Departamento de Arbitrajes del estudio jurídico Altra legal.

II. La influencia de las Conferencias Especializadas sobre Derecho Internacional Privado en la redacción de normas internas del Paraguay

El título de este apartado obliga a referirnos, en primer lugar, a la adopción de las Convenciones interamericanas, producto de las CIDIPs, por medio del mecanismo de la ratificación legislativa de instrumentos internacionales, aceptado por nuestra Constitución Nacional.

Al respecto, cabe mencionar que la norma suprema de la nación, según su artículo 143, acepta el Derecho internacional en sus relaciones internacionales y establece en su artículo 141 que, los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueron canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determine el artículo 137.

En el caso específico de las CIDIPs, tenemos que el Paraguay ha ratificado gran parte de las Convenciones interamericanas, que son producto de las referidas Conferencias.

Todas ellas, una vez ratificadas, según las disposiciones constitucionales arriba citadas, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía determinada por el artículo 137⁴ de la Constitución, es decir, en segundo lugar luego de la mismísima Constitución Nacional.

Sin embargo, la ratificación legislativa, a pesar de ser el método más conocido por el común de la gente (al menos aquí en Paraguay), no es, para nada, el único mecanismo de internalización del derecho internacional privado. Al respecto, nos dice Moreno Rodríguez, refiriéndose a los modos en los que puede incorporarse una convención internacional al derecho interno de un país, que “existen otras modalidades, que no sean la ratificación, como por ejemplo incorporando sus disposiciones en una ley nacional”⁵.

El reconocido jurista, recientemente mencionado, citaba en una de sus obras a Hernández-Bretón, quien elocuentemente explicaba que “De hecho, más allá de la ratificación del tratado, podría recurrirse a la incorporación por referencia, como lo hizo Uruguay cuando en una ley adoptó las reglas de interpretación de diversos artículos del Tratado de derecho civil de

⁴ Artículo 137 de la Constitución Nacional paraguaya: “La Ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.

Quienquiera que intente cambiar dicho orden, al margen de los procedimientos previstos en esta Constitución, incurrirá en los delitos que se tipificarán y penarán en la Ley”.

⁵ J.A. MORENO RODRÍGUEZ, “El derecho no estatal en la nueva ley paraguaya de contratos internacionales”, en: *El acceso a la justicia en el derecho internacional privado*, Asunción, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), 2015, p. 55.

Montevideo. O directamente podría apelarse a la incorporación material, que supone la transcripción íntegra del tratado en un texto legislativo interno”⁶.

Con relación a este punto, cabe hacer mención a la ley paraguaya sobre contratos internacionales.

La referida ley merece, en realidad, un análisis mucho más profundo que el pretendido en este trabajo. Sin embargo, no puede obviarse la mención de aquélla y, cuanto menos, una breve descripción de la misma, considerando el enorme impacto que ha causado en lo que se refiere a la contratación internacional en el Paraguay.

Estamos hablando de la Ley N° 5393 “Sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”⁷, publicada el 20 de enero del año 2015, en cuya Exposición de Motivos, se menciona que en el proyecto de ley se han incorporado las bondades de la Convención de México. En realidad, según nos explica el autor de la norma⁸, sus artículos 11, 12, 15 y 16, que tratan mayormente de situaciones de ausencia de selección de derecho, reproducen casi literalmente provisiones análogas de la Convención de México⁹, evidenciándose de esta manera la evidente influencia que esta Convención ha tenido en la redacción de la referida ley nacional.

Así como mucho más, que lo logrado en este trabajo, puede hablarse sobre la influencia de las CIDIPs en el derecho paraguayo, pasa lo mismo con lo referido a la ley paraguaya sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, como ocurre con todas aquellas materias u obras de gran complejidad: siempre hay más que decir, siempre se puede ahondar un poco más. En virtud a ello, me remito en lo que se refiere a esta ley, a los análisis que de la misma ha realizado el Dr. Moreno Rodríguez en numerosas ocasiones¹⁰.

Lo relevante aquí, considerando el objeto de este reporte, es resaltar la gran influencia que la Convención de México ha tenido en lo que se refiere a la redacción de tan elogiada ley.

Se ha intentado demostrar, nada más a modo ejemplificativo, la gran influencia que las Conferencias Especializadas sobre derecho internacional privado han tenido en el derecho paraguayo interno estando, quien escribe

⁶ E. HERNÁNDEZ-BRETÓN, “La Convención de México (CIDIP V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina”, *DeCITA*, n° 9, 2008, p. 170, citado por J.A. MORENO RODRÍGUEZ (nota 3).

⁷ Ver en: <http://www.csj.gov.py/cache/lederes/G-13-20012015-L-5393-1.pdf> (último acceso: 24/10/2016).

⁸ Se reconoce la autoría de esta ley al Dr. José Antonio Moreno Rodríguez, según puede leerse en la Exposición de Motivos de la misma.

⁹ J.A. MORENO RODRÍGUEZ (nota 3), p. 56.

¹⁰ Entre ellas se mencionan, por ejemplo: J.A. MORENO RODRÍGUEZ (nota 3), pp. 49-71; J.A. MORENO RODRÍGUEZ; “Nueva ley paraguaya de contratos internacionales: ¿Regreso al pasado?”, en: *Temas Actuales Del Derecho Bancario y Societario*, Asunción, Intercontinental Editora, 2015, pp. 121-202.

estas líneas, convencida de que, esta influencia será aún mayor con el correr de los años, gracias a los esfuerzos de organismos propulsores del derecho internacional privado, como la ASADIP.

III. Recopilación de jurisprudencia paraguaya en las que se haya aplicado Convenciones interamericanas, producto de las Conferencias Especializadas sobre Derecho Internacional Privado

A continuación, se presenta la recopilación realizada de jurisprudencia nacional relativa a las CIDIPs, con un breve resumen de cada caso expuesto:

1. Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Sexta Sala; “Adolfo Ernesto Chirico Romero c/ Mirian Concepción Rodríguez de Chirico s/ Divorcio a petición de una sola de las partes”; N.º 214/2019; Auto Interlocutorio; 03/07/2024: publicado en el Portal de la Corte Suprema de Justicia

Este fallo de la Sexta Sala del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, hace mención a la Convención interamericana sobre exhortos (Panamá, 1975), adoptada en la primera Conferencia especializada interamericana sobre Derecho internacional privado, generalmente conocida por sus siglas “CIDIP I”, ratificada por Paraguay.

El fallo analiza un recurso de apelación interpuesto por la demandada en contra de una providencia que rechazó un pedido de certificación. Específicamente, la demandada había solicitado al juez de primera instancia que ordene a la actuario certificar sobre el juicio de divorcio (sobre su existencia, fecha de promoción, juez y secretaría a cargo, estado de tramitación) a fin de presentar esta certificación en otro juicio de divorcio que había promovido el demandante en otro país (Finlandia). La demandada, para justificar su pedido, alegó que la vía del exhorto resultaba impensable al ser un trámite largo, fastidioso, lento y costoso, no compatible con el plazo en el que debía presentar la certificación en el juzgado del país extranjero.

El Tribunal de Apelación rechazó el recurso de apelación y confirmó la providencia recurrida. Específicamente, según se lee en fallo en cuestión, el Tribunal se basó en el artículo 2 de la Convención interamericana sobre exhortos (Panamá, 1975), considerando que la misma aplica en forma taxativa a exhortos internacionales ordenados en procesos civiles y comerciales, como es el caso en análisis. Sostuvo además el Tribunal que no existe una vía alternativa u optativa a la del exhorto, al objeto de poner a conocimiento del órgano judicial de otro país la existencia de estos autos, pues, éste es el mecanismo a través del cual es posible la transmisión de

información relativa a procesos judiciales por parte de una autoridad judicial correspondiente a un Estado determinado a su par en otro Estado.

2. Corte Suprema de Justicia del Paraguay, Sala Constitucional; “Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: B. R., M. c. M. R., J. L. s/ Disolución y liquidación de la sociedad conyugal”; (Ac. y Sent. N° 1118); 23/08/2016; publicado en *La Ley Online*; cita online: PY/JUR/479/2016

Este fallo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay, hace mención a la Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional (CIDIP II), que fuera aprobada y ratificada por nuestro país por Ley N° 892/81.

El objeto de controversia del caso gira en torno a la determinación de la calidad - de propios o de gananciales - de ciertos bienes inmuebles situados en la República del Paraguay, de un régimen patrimonial matrimonial celebrado en la República Federativa del Brasil.

El Tribunal de Apelación, que entendió el caso en segunda instancia, consideró que “el matrimonio celebrado entre los cónyuges haya sido celebrado en el extranjero no posee relevancia alguna a los efectos del presente juicio” (Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial, Laboral y Penal de la Circunscripción Judicial de Amambay; AI N° 349 de fecha 16 de diciembre de 2010).

Por su parte, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay, criticó a la afirmación del Tribunal de rango inferior por haber considerado lo transcrito en el párrafo anterior, ya que la celebración del matrimonio en el extranjero es una cuestión que sí tiene relevancia jurídica. Sin embargo, en voto mayoritario, la Corte sostuvo que “en un juicio de disolución debe aplicarse y primar lo que dispone la ley nacional, nuestro derecho positivo, sobre todo cuando el régimen optado por los cónyuges responde a una legislación extranjera que puede atentar contra el orden público”.

La Corte hizo lugar a la acción de inconstitucionalidad y en consecuencia, revocó el fallo dictado por el Tribunal de Apelación (voto de disidencia de la Dra. Peña Candia).

3. Tribunal de Apelación Penal de la Adolescencia y de la Niñez, Misiones; “O. A., D. B. s/ Asistencia alimenticia” (Ac. y Sent. N° 07); 29/06/2005; publicado en *LLP 2005*, 1127, cita online: PY/JUR/39/2005

En el texto de este fallo del Tribunal de Apelación Penal de la Adolescencia y de la Niñez de Misiones, se hace mención a la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias (CIDIP IV), que fuera aprobada y ratificada por nuestro país por Ley N° 896/96.

En cuanto a los hechos, tenemos que en un juicio de asistencia alimenticia, se ha resuelto en primera instancia fijar el monto de Gs. 500.000 a favor de la menor y a cargo de su padre (S.D. N° 133 de fecha 18/04/2005).

El demandado apeló la sentencia dictada en primera instancia, alegando que el monto fijado en concepto de asistencia debía ser reducido considerando el sueldo percibido por el mismo y además teniendo en cuenta la obligación conjunta que recae sobre ambos progenitores de asistir a sus hijos menores.

La madre contestó la expresión de agravios diciendo que la misma se encarga de otros gastos en los que incurre la niña, respondiendo de esta manera a su obligación de asistencia, sosteniendo además que el monto fijado debe ser confirmado, ya que el mismo resulta proporcional al sueldo percibido por el padre (Gs. 2.015.354). Invocó la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias en cuanto la misma establece que: “Los alimentos deben ser proporcionales, tanto a la necesidad del alimento, como a la capacidad económica del alimentante”.

El Tribunal, si bien no fundó su resolución en lo dispuesto por la referida Convención, sí aplicó el criterio de la proporcionalidad para confirmar la resolución recurrida por el apelante, confirmándose el monto de Gs. 500.000 en concepto de asistencia alimenticia.

4. Tribunal de Apelaciones de la Niñez y la Adolescencia de Asunción; “Bataglia Aguiar, Clara E.”; (Ac. y Sent. N° 78); 27/05/2004; publicado en LLP 2004, 923; cita online: PY/JUR/446/2004

Este fallo del Tribunal de Apelaciones de la Niñez y la Adolescencia de Asunción, hace mención a la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores (CIDIP IV), que fuera aprobada y ratificada por nuestro país por Ley N° 928/96.

En cuanto a los hechos del caso, tenemos que el juez de primera instancia, cuyo fallo fue objeto de apelación ante el tribunal, rechazó la solicitud de restitución internacional de una menor que fuera efectuada por el padre de la misma, fundando el rechazo en el hecho de que la menor fue retenida por su madre en el país al que habían viajado como turistas con autorización del padre (como aclaración, es preciso mencionar que, según lo expresado en el fallo, el padre de la niña era el titular de la tenencia de la misma, en el momento en el que se solicitó el permiso a favor de la madre. Es también importante aclarar que el referido permiso era por tiempo limitado, habiéndose excedido el plazo concedido).

El padre de la menor apeló la resolución de primera instancia.

En el fallo dictado por el Tribunal de Apelación, se invoca a la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores,

realizándose una especial mención a los artículos 1¹¹ y 4¹² de la misma, para fundamentar la decisión de revocar la resolución dictada en primera instancia.

El tribunal, refiriéndose a la Convención, expresó que: “El citado instrumento internacional tiene como objetivo preservar el interés superior del niño mediante el cese de la vía de hecho, a través de su aplicación rápida y eficaz que tenga efectos disuasivos sobre las acciones de los padres que comenten sustracciones o retenciones ilícitas en atropello a los derechos del niño y a la vez que se convierta en un instrumento idóneo para restablecer en forma inmediata los lazos perturbados por el desplazamiento o la retención ilícitos. La víctima de un fraude o de una violencia debe ser ante todo, restablecida en su situación de origen. Esta directiva armoniza con el art. 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño (...)”.

El Tribunal de Apelación revocó la resolución recurrida (por unanimidad).

5. Tribunal de Apelaciones del Trabajo de Asunción, Sala 2; “Gaete de Tiller, Teresa de Jesús c. Artigas del Solar de Artigas”; (A.I. N° 185); 20/08/2002; publicado en LLP 2002, 1038; cita online: PY/JUR/321/2002

Este fallo del Tribunal del Trabajo de Asunción, hace mención a la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias de 1975 (CIDIP I), que fuera aprobada y ratificada por nuestro país por Ley N° 613/76.

En cuanto a los hechos relevantes, tenemos que por la resolución de primera instancia, recurrida ante el Tribunal de Apelación, el tribunal inferior dispuso que las notificaciones a la parte demandada (institución que canaliza sus actividades a través de la Embajada del Uruguay en nuestro país) deberán realizarse al Señor Embajador de la República Oriental del Uruguay, por medio de oficio a librarse al señor Ministro RR.EE.

Que la apelante se agravia en primer lugar, por la decisión del Inferior de que las notificaciones deberán realizarse al señor embajador de la República del Uruguay, ya que los embajadores ejercen funciones de representación diplomática de sus respectivos países, pero no del estado como

¹¹ Artículo 1: “Asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados partes y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente (...)”.

¹² Artículo 4: “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 o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor”.

persona jurídica. También se agravia por las expresiones del Inferior que sostiene: “en cuanto al oficio obrante a fs. 477 de autos, el mismo no puede causar Agravio alguno dado que se ha dictado en cumplimiento del deber del Juzgado y en ejercicio de sus facultades legítimas”, ya que tal oficio causa agravio irreparable no solo a su parte sino a la imagen de la justicia paraguaya, al modificar arbitrariamente y contra derecho, las formas procesales establecidas para las notificaciones, las que deberán ser practicadas por el funcionario Judicial competente y que en el caso de autos, la notificación por oficio practicada por la parte actora, al disponer que las notificaciones que deban realizarse a la parte demandada en su domicilio, sean notificadas al embajador de la República del Uruguay, el *a-quo* se está arrogando facultades que no le compete ya que las notificaciones a un país extranjero deben dirigirse a través de exhorto por vía diplomática.

El Tribunal resolvió revocar el apartado tercero de la resolución apelada, diciendo con relación al punto de la Resolución apelada, que dispone que todas las notificaciones que deba realizarse en el domicilio de la demandada sean notificadas al Señor Embajador de la República del Uruguay en el Paraguay, desconoce expresas y claras normas legales sobre notificaciones, que el Juez no puede modificar. Aseguraban los miembros del Tribunal que la notificación debe hacerse en el domicilio de la entidad demandada: (Art. 82 C.P.T., 132 C.P.C.), que en este caso por estar situado en el extranjero, debe practicarse por medio de exhorto por la vía diplomática, lo que implica la intervención de la Embajada de la República del Uruguay, pero como conducto de la notificación respectiva a la Entidad estatal extranjera demandada, no como destinatario de la misma. Todo ello de acuerdo con el Art. 90 C.P.T. y la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias de 1975.

El Tribunal decidió revocar la resolución dictada en primera instancia (voto en disidencia del Camarista Ramiro Barboza, según quien las notificaciones de referencia podrán ser válidamente cursadas a la Embajada de la República del Uruguay, de conformidad a la Convención de Viena).

6. Corte Suprema de Justicia del Paraguay, sala constitucional; “Exhorto P. M. s/ Acción de Inconstitucionalidad”; (Ac. y Sent. N° 1116); 04/11/2002; publicado en La Ley Online, cita online: PY/JUR/546/2002

Este fallo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay, menciona a la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores (CIDIP IV), ratificada por Ley N° 928/96 y a la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de sentencias y laudos arbitrales extranjeros (CIDIP II), ratificada por Ley N° 889/81.

En cuanto a los hechos del caso, tenemos que la madre de dos menores promovió acción de inconstitucionalidad contra el Ac. y Sent. N° 47, del

23/05/2002, dictado por el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia de la Capital. El caso planteado ante la Sala Constitucional se originó con dos pedidos de exhortos de restitución internacional de menores. Los exhortos fueron librados en virtud de un acuerdo homologado judicialmente ante las autoridades uruguayas, firmado por R. B. y M. L. P., en Montevideo-Uruguay, el cual determinó el régimen de “Tenencia, alimentos, visitas, autorización de viaje y domicilio” de las menores L. M. y M. C. B. P. Conforme a lo pactado en el convenio, el padre retiró del Uruguay a las menores de 3 y 5 años a fin de usufructuar su derecho a vacaciones con las niñas y desde entonces las retuvo en el país. Las menores tenían autorización para salir del Uruguay con el padre a partir del 06/02/2001. Sin embargo, el padre inició en el Paraguay, el 02/02/2001, un juicio de tenencia.

Tramitado el exhorto, el mismo se sustanció ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Tutelar del Menor, del Segundo Turno, de la capital, que resolvió disponer la acumulación con el juicio de tenencia y hacer lugar al exhorto remitido por el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia, del Vigésimo Octavo Turno, de la República Oriental del Uruguay y, en consecuencia, ordenar la restitución de las niñas L. M. y M. C. B. P., quienes debían ser entregadas a su madre M. L. P. S. para su traslado a su domicilio real en Montevideo, Uruguay. El Tribunal de Apelación, por medio de la resolución impugnada, resolvió, entre otros puntos, revocar la resolución apelada en lo que respecta a dicha restitución. Se presenta luego ante la Sala Constitucional de la Corte la accionante y solicita la declaración de inconstitucionalidad de la resolución emanada del Tribunal de Apelación.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, resolvió declarar la nulidad por inconstitucionalidad de la resolución recurrida, fundamentando su decisión en que la sentencia en estudio transgrede la Constitución y los tratados internacionales que rigen la materia. Sostenía el Ministro preopinante que el marco normativo que rige el caso en estudio está dado, además de la Constitución Nacional (arts. 54, 137, 141, 143, 145 y 256), por tratados internacionales como el “Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores”, la “Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño”, el “Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales” (Ley n° 1040/97) y la “Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de sentencias y laudos arbitrales extranjeros”.

Con respecto a la “Convención interamericana sobre restitución internacional de menores”, el preopinante invocó los artículos 1, 3, 4, 8 de la misma, los que, a su criterio, no fueron tenidos en cuenta por el Tribunal de Apelación. En cuanto al sustento jurídico de la resolución, decía que no se aprecia claramente cuál ha sido el mismo, habiéndose hecho mención a la

Constitución, convenciones, etc., pero los juzgadores se apartan de las mismas, ya que por un lado, se admite la procedencia de la restitución, pero se dictamina en contra de la misma aludiendo a las excepciones previstas en la convención interamericana, que no se dan en el caso de autos.

La decisión de procedencia de la acción de inconstitucionalidad, se decidió por unanimidad de votos.

7. Tribunal de Apelación del Menor de Asunción; “A. Z., E.”; (A. I. N° 41); 07/03/2001; publicado en LLP 2001, 480, cita online: PY/JUR/430/2001

Este fallo del Tribunal de Apelaciones del Menor de Asunción, hace mención a la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores (CIDIP IV), que fuera aprobada y ratificada por nuestro país por Ley n° 928/96.

En cuanto a los hechos del caso, tenemos que los progenitores del menor y éste, vivían en Estados Unidos (Tennessee) y que, estando pendiente el juicio de divorcio de aquéllos, el padre decidió volver a Paraguay llevando consigo a su hijo sin consentimiento de la madre y violando un régimen de relacionamiento que había sido establecido por la Corte de dicho Estado.

En base a estos hechos, la madre solicitó la restitución del menor.

El Tribunal de Apelaciones consideró que la restitución solicitada por la madre, aún cuando los Estados Unidos de Norteamérica no ha ratificado la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores e incluso, sin mediar una resolución dictada por una Corte de dicho país haciendo lugar a la restitución, necesariamente debe concluirse que aquélla ha tenido y tiene un carácter internacional por lo que así debe ser considerada; ya que, efectivamente, carecería de una finalidad práctica una restitución planteada a nivel local cuando la madre tiene su residencia en el país del Norte. En base a este análisis, el Tribunal aseguraba que, desde un principio, se estuvo en presencia de una restitución internacional a pesar de mediar solamente la petición hecha por la madre biológica.

Finalmente, el Tribunal resolvió hacer lugar a la restitución internacional solicitada por la señora Raquel Beatriz Zillich en relación a su hijo E.I.A.Z.

8. Tribunal de Apelación Civil, Comercial, Criminal, Tutelar y Correccional del Menor, Encarnación; Sala 2; “Caballero Leguizamón, Victoria c. Pranczak, Nicolás” (Ac. y Sent. N° 113); 25/10/1999; publicado en LLP 2000, 392; cita online: PY/JUR/428/1999

Este fallo del Tribunal de Apelación Civil, Comercial, Criminal, Tutelar y Correccional del Menor de Encarnación, hace mención a la Convención

Interamericana sobre obligaciones alimentarias (CIDIP IV), que fuera aprobada y ratificada por nuestro país por Ley N° 899/96.

Con relación a los hechos del caso, tenemos que en primera instancia, se condenó al padre de la niña al monto de Gs. 700.000 mensuales en concepto de asistencia alimenticia.

Ambas partes, tanto la madre como el padre obligado, apelaron la resolución dictada en primera instancia. El padre sostenía, en su apelación, que el monto era superior al que podía hacerse cargo, teniendo en cuenta sus ingresos mensuales, por lo que solicitó se reduzca la condena. La madre, por su parte, solicitó el aumento del monto fijado en concepto de asistencia alimenticia, alegando que la menor tiene muchas necesidades que deben ser cubiertas y el padre tiene la capacidad económica para cubrirlas de acuerdo a su obligación.

El Tribunal de Apelación confirmó la sentencia dictada por el Juez de primera instancia. Para fundamentar la confirmación, los miembros del tribunal sostuvieron que conforme al artículo 4° de la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias, los alimentos deben ser proporcionales tanto a la necesidad del alimentado, como a la capacidad económica del alimentante, de lo que se deduce que, para establecer el monto de la pensión alimentaria, deben conjugarse dos factores: a) la necesidad de quien pide alimentos, y b) la capacidad económica de quien debe prestarlos.

Con respecto a los requisitos exigidos por la Convención, consideró el Tribunal que la capacidad económica del obligado debe ser demostrada en todos los casos de pedidos de prestación compulsiva, no con el fin simplista de saber cuánto dinero se le puede extraer, sino para poder determinar el grado hasta dónde se le puede hacer cargo de la cobertura de las necesidades del alimentado, demostrándose en el juicio que el demandado tiene amplia capacidad económica. Con relación a la necesidad de quien pide alimentos, a criterio del Tribunal, el monto de la prestación alimentaria fijada en la Instancia inferior, es suficiente para cubrir las necesidades básicas: (alimentación, salud, vestimenta, educación, recreación) del menor de 8 años, en cuyo nombre se promovió el juicio.

Sostenía el Tribunal que, la suma impuesta al padre como prestación, es suficiente como obligación que a él le compete, pues toda vez que el monto fijado cubra razonablemente las necesidades reales del alimentado, debe hacerse abstracción de la mayor capacidad de aporte del alimentante, ya que si la condena excediera los límites de aquellas necesidades, se desnaturalizaría el fin del juicio y se estaría propiciando sencillamente la coparticipación en las ganancias del demandado, o la incautación de sus bienes.

9. Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, Sala 4;
“Athlete’s Foot Marketing Associates Inc. c. Chocolate Comercio de Ropas Ltda.

s/ nulidad de registros”; (A.I. N° 272); 09/06/1996; publicado en LLP 1996, 613; cita online: PY/JUR/83/1996

Este fallo del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, hace mención a la Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de sociedades mercantiles (CIDIP II), que fuera aprobada y ratificada por nuestro país por Ley N° 888/81. También se menciona en el fallo a la Convención interamericana de Montevideo de 1979 sobre normas generales de derecho internacional privado (CIDIP II).

En cuanto a los hechos, tenemos que en primera instancia el juez resolvió hacer lugar a la excepción de arraigo deducida por la parte demandada y fijó la suma de Gs. 1.500.000 en concepto de caución real. El demandado apelante, al expresar agravios, solicitó se modifique la resolución retasando el monto del arraigo en Gs. 3.000.000, por considerarse ésta una suma más justa atendiendo al objeto de la *litis*. El Tribunal de Apelación resolvió modificar la resolución de primera instancia, retasando el monto de arraigo fijándolo en la suma de Gs. 2.500.000.

Explicaba el Tribunal que la excepción de arraigo fue planteada como consecuencia de que la actora no tiene domicilio en la República y consiguientemente, de conformidad con lo previsto en el art. 225 del C.P.C. es procedente el arraigo deducido. También se mencionaba en el fallo que, sin embargo, instrumentos jurídicos internacionales como la Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de sociedades mercantiles de Montevideo, año 1979, en concordancia con las disposiciones de nuestro Código Civil, arts. 26, 101, 1196 y concordantes sobre personas jurídicas extranjeras de derecho privado, consagran: “La existencia y capacidad de las personas jurídicas privadas se rigen por las leyes de su domicilio. El carácter que ellas revisten como tales las habilita para ejercer en la República todos los derechos que les corresponden para los fines de su institución, en la misma medida establecida en este código para las personas privadas nacionales”. Continuaba diciendo el Tribunal que, los artículos citados que son normas de conflicto, establecen que la capacidad de hecho y derecho de las personas jurídicas privadas extranjeras se rigen por la ley de su domicilio o, dicho de otra manera, para el ejercicio del objeto de su institución, la persona jurídica debe someterse al régimen de su territorio, sin embargo, para los demás actos que no importa el ejercicio del objeto de su institución, tales como estar en juicio, actuar ante la administración, adquirir bienes, obligaciones, recibir donaciones y cualesquiera otros actos la persona tiene plena capacidad según le otorga la ley de su domicilio.

Al final del fallo, se hacía también mención al artículo 22 del Código Civil según el que se faculta al juez a aplicar de oficio la ley extranjera, con las limitaciones impuestas en el propio artículo y el art. 2 de la convención

interamericana de Montevideo de 1979 sobre normas generales de derecho internacional privado, refiriéndose estas limitaciones a la cuestión procesal.

10. Tribunal de Apelación del Menor; “G.I.S.”; 28/11/1994; publicado en LLP 1995, 146; cita *online*: PY/JUR/52/1994

Este fallo del Tribunal de Apelaciones del Menor, hace mención a la Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores (CIDIP III).

En cuanto a los hechos del caso, tenemos que la sentencia apelada S.D. N° 397 del 05/08/1994, no hace lugar a la adopción de la menor M.A., solicitada por la Sra. G.I.S., porque de acuerdo con la documentación presentada se comprueba que no reúne uno de los requisitos exigidos en el art. 33 del Código del Menor: la solicitante cuenta con 33 años de edad y la citada disposición exige como mínimo la edad de 35 años.

Sostenía la preopinante que, sentado el criterio de que es aplicable al derecho del menor el Título Preliminar del Código Civil, debe tenerse en cuenta que dicho Título contiene una disposición de consideración necesaria al tratar cuestiones como las que nos ocupa, disponiéndose en el artículo 22 del mencionado Código que: “Los jueces y tribunales aplicarán, de oficio, las leyes extranjeras, siempre que no se opongan a las instituciones políticas, las leyes de orden público, la moral y 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”. Continuaba la preopinante diciendo que, esta disposición y la del art. 9, segunda parte, del Código de Organización Judicial, obliga a los magistrados en los actos en que puedan resultar “competentes” o “aplicables” disposiciones extranjeras, a su aplicación de oficio, sin que las partes deban necesariamente invocar la ley extranjera o probar la misma. Por supuesto, decía, se deberá atender si su aplicación afecta o no los criterios de orden público internacional paraguayo.

También sostenía la preopinante que: “El problema radica en si esta disposición, específicamente la referida a la edad del adoptante, es un elemento que afecta el orden jurídico internacional del Estado Paraguayo, dado que no toda cuestión de orden público interno es necesariamente de orden público internacional, en tanto que toda cuestión de orden público internacional es también una cuestión de orden público interno”.

Específicamente con relación a las CIDIPs, en el fallo encontramos que la preopinante menciona a la Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores, que se suscribió en la oportunidad de la “CIDIP III”, realizada en La Paz, Bolivia, en 1984. Se hacía referencia a dicho instrumento internacional, a pesar de no encontrarse el mismo ratificado por nuestro país, aclarándose que sus soluciones “son

importantes elementos referenciales”. Específicamente, la preopinante se refirió a los elementos o factores de conexión vinculados a la adopción que tornan internacional la relación, a punto tal que en relación a la ley aplicable para el adoptado el artículo 3 de la Convención determina a “la ley de la residencia habitual del menor”, para hacer regir la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado y el procedimiento y formalidades extrínsecas, o formal procesal necesarias para el vínculo. Por otro lado, mencionaba al artículo 4 que se refiere a la ley aplicable a los requisitos para ser adoptante, que se regirá por la “ley del domicilio del adoptante”, en relación a la capacidad para ser adoptante, los requisitos de edad y estado civil del adoptante, el consentimiento del cónyuge del adoptante, si fuere el caso; y los demás requisitos para ser adoptante.

Refiriéndose a la Convención, explicaba la preopinante en el fallo objeto de análisis que “estas cuestiones así discriminadas son las que se presentan en este tipo de relaciones jurídicas resueltas explícitamente por la Convención. En la práctica la falta de una convención expresa no elimina la necesidad de ubicar las reglas de conflicto para la aplicación de la ley competente, en especial frente al artículo 22 del Código Civil, que obliga a un análisis efectivo y real, siempre teniendo en cuenta el principio fundamental de estar invariablemente con lo más favorable al menor”. Culminaba su exposición diciendo que “que conforme a las reglas del Derecho internacional privado, la legislación aplicable es la del domicilio del adoptante y por tanto no el Código del Menor, salvo que la disposición nacional fuera más favorable al acto (art. 22, última parte del C.C.) o estuviere afectado el orden público internacional paraguayo, lo cual no ocurre en el caso de estudio”. En base a los motivos expuestos, su voto consistió en la revocación del fallo.

Sin embargo, los siguientes votos no concordaron con el análisis expuesto por la preopinante en el primer voto. Así, la Dra. María Sol Zuccolillo consideraba que, de resolverse la revocación del fallo apelado, se generaría un peligroso precedente ya que existe una categórica disposición legal, la del art. 33 del C. M. que consagra la edad de 35 años de edad a partir de la cual una persona puede adoptar. Otra cuestión en la que apoyó su disidencia es en lo dispuesto por el artículo 22 del Código Civil Paraguayo que invoca la preopinante para concluir que es aplicable la ley del domicilio de la adoptante, y que admite la aplicación de oficio de la ley extranjera por parte de los jueces paraguayos “siempre que no se opongan a las instituciones políticas, las leyes de orden público, la moral y las buenas costumbres (...)”. Con respecto a esta disposición, sostenía la Dra. Zuccolillo que las disposiciones del Código del Menor son de orden público y no corresponde, a su juicio, hacer la distinción entre orden público interno y orden público internacional cuando que el Código del Menor, al legislar sobre el tema de adopción no discrimina entre adopción nacional e internacional. Ahondaba sobre el tema diciendo que el artículo 48 del mismo cuerpo legal, dispone que

la adopción hecha en el extranjero en el marco de las convenciones y acuerdos que celebre el Paraguay “deberán ajustarse siempre a las normas de este Código”; por lo que, a su criterio, aún en el supuesto que el trámite de adopción se haya llevado a cabo en otros Estados, la observancia de las disposiciones del Código del Menor, es ineludible, y entonces, con mayor razón lo será cuando el procedimiento se haya realizado en nuestro país, como es el caso que nos ocupa.

El Tribunal de Apelación confirmó la sentencia apelada.

11. Juzgado de 1º Instancia en lo Civil y Comercial de Asunción, Undécimo Turno; “Exhorto remitido por el Juzgado de Derecho en lo Civil N° 4 del Partido Judicial de la Capital del Estado de San Pablo, Rep. Federativa del Brasil en los autos caratulados: Acción Cautelar de Búsqueda y Aprehensión solicitada por Bradesco S.A. de Seguros c. Jorge Alberto Aghemo”; (A.I. N° 285); 06/06/1988

Este fallo del Juzgado de 1º Instancia en lo Civil y Comercial de Asunción, hace mención a la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias (CIDIP I), que fuera aprobada y ratificada por nuestro país por Ley N° 612/76.

Con relación a los hechos del caso, tenemos que el Juez de Derecho en lo Civil N° 4 del Partido Judicial de la Capital del Estado de San Pablo, República Federativa del Brasil, remitió un exhorto al Juzgado paraguayo. Al remitir el exhorto, el juez exhortante, hizo saber al Juzgado de Primera Instancia paraguayo que ante aquél se procesaban los términos de una acción de “Búsqueda y Aprehensión” requerida por una empresa de seguros contra el Sr. Jorge Alberto Aghemo, solicitando que se ordene la búsqueda y aprehensión de un vehículo de propiedad del demandado y que, finalmente, siendo aprehendido el mencionado vehículo, el mismo sea entregado en calidad de depósito apoderado de la firma accionante.

Al realizar el magistrado paraguayo el análisis correspondiente sobre la procedencia o no del exhorto, invocaba el artículo 10 de la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, que expresa que: “Los exhortos o cartas rogatorias se tramitarán de acuerdo con las leyes y normas procesales del Estado requerido”. En base a ello, sostenía el juez que no cabe ninguna duda de que al no existir tratado ni convenio con el Brasil el Juzgado deberá aplicar las normas jurídicas del orden jurídico nacional, debiendo, como lo establece el artículo 17 de la citada Convención, “rehusar el cumplimiento de un exhorto o carta rogatoria cuando sea manifiestamente contrario a su orden público”.

Con relación al pedido referente a la búsqueda y aprehensión o secuestro del vehículo de referencia, el Juzgado entendió que dicha medida resultaba improcedente, debido a que el orden jurídico nacional prohíbe

expresamente el diligenciamiento de medidas que impliquen fuerza o coacción, permitiendo únicamente el diligenciamiento de exhortos que tengan por finalidad actuaciones de mero trámite. En efecto, decía el Juez, el artículo 2 inciso a) de la Convención interamericana sobre exhortos dispone que “La presente Convención se aplicará a los exhortos o cartas rogatorias expedidos en actuaciones y procesos en materia civil o comercial (...) que tengan por objeto: La realización de actos procesales de mero trámite, tales como notificaciones, citaciones o emplazamientos en el extranjero”; por otra parte, invocaba al artículo 3º del mismo instrumento internacional que preceptúa: “La presente Convención no se aplicará a ningún exhorto o carta rogatoria referente a actos procesales distintos de los mencionados en el artículo anterior; en especial, no se aplicará a los actos que impliquen ejecución coactiva”. Estas disposiciones legales, a criterio del magistrado paraguayo, resultan terminantes, claras y, al mismo tiempo, categóricas en el sentido de determinar el rechazo de la búsqueda y aprehensión (secuestro) del vehículo automotor individualizado en el presente exhorto por cuanto que dichas diligencias, no solamente no constituyen actuaciones procesales de mero trámite (notificaciones, citaciones y emplazamientos), sino que implican evidentemente una ejecución coactiva desde el momento en que se requiere el uso de la fuerza para hacer efectivo el desamparamiento del automotor.

Por otro lado, sostenía el juez que, aún en el supuesto, hipotético y eventual caso de que el orden jurídico nacional permitiera decretar medidas coactivas en forma independiente o autónoma de todo juicio ordinario, como las solicitadas en el presente exhorto, aún así la petición debe ser rechazada por cuanto que no se han acompañado copias de la documentación exigida por el artículo 8 de la Convención interamericana sobre exhortos, concordante con el artículo 3 del Protocolo adicional a la citada Convención (Montevideo 1979), ratificado por ley N° 894/81. La falta de documentación constituyó, así, otro fundamento para desestimar la medida coactiva exhortada.

12. Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, Sala 2; “Goyana S.A. Industria Brasileira de Materias Plásticas c. Embotelladora Nemy S.A.C.I.”; (sent. N°36); 05/05/1986; publicado en LLP 1986, 277, Rev. n° 2; cita online: PY/JUR/85/1986

Este fallo del Juzgado del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, hace mención a la Convención interamericana sobre régimen legal de poderes (CIDIP I), que fuera aprobada y ratificada por nuestro país por Ley N° 614/76.

En este juicio, se ha deducido la excepción de falta de personería, diciendo el excepcionante que el poder presentado por la actora, no reúne los

requisitos exigidos en el Brasil, pues la Procuração cuestionada, no lleva firma de escribano, no se transcribe en el mismo los Estatutos, ni acta del Directorio, que faculta a los actores a otorgar poder, ni se puede asegurar que los supuestos directores sean tales.

Al analizar la excepción, el Tribunal consideró oportuno aclarar, que la Convención interamericana sobre conflictos de leyes de 1975, aprobada en relación al régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero, por ley n° 614 del 24 de noviembre de 1976, no ha sido ratificado por la República Federativa del Brasil. Continuando el análisis, se invocaba al artículo 12 de nuestro Código Civil, que establece que las formas y solemnidades de los contratos y de todo instrumento público, son regidos por las leyes del país donde se hubiesen otorgado, teniendo el mismo sentido el artículo 2 de la Convención interamericana de Panamá sobre poderes de 1975.

Aseguraba el Tribunal que, al no haberse demostrado en autos, que el poder agregado por la parte actora sea insuficiente en el Brasil, conforme al art. 12 del Código Civil en concordancia con el artículo 2° de la citada Convención, dicho poder debe ser considerado como válido, por lo que resolvió confirmar la resolución dictada en la instancia inferior por la que se rechazaba la excepción de falta de personería, por improcedente.

13. Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, Sala 1; “Pirámides Brasilia S.A. c. Lamphi Ind. y Com. S.A.”; (Ac. y Sent. N° 430); 02/10/1986; publicado en LLP 1987, 115; cita online: PY/JUR/20/1986

Este fallo del Juzgado del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, hace mención a la convención interamericana sobre régimen legal de poderes (CIDIP I), que fuera aprobada y ratificada por nuestro país por Ley N° 614/76.

En cuanto a los hechos del caso, tenemos que el Juzgado de Primera Instancia dictó el AI N° 156 de fecha 23 de abril de 1986, que rechazó la excepción de falta de personería por insuficiencia de mandato, opuesta por la parte demandada.

Dicha resolución fue apelada por la parte demandada, quien sostuvo que la interpretación hecha por el Juez del artículo 2 de la Ley N° 614/76, ratificatoria de la Convención interamericana sobre régimen legal de poderes a ser utilizados en el extranjero, es errónea, al dejar librado al criterio del ente, como en este caso una S.A., someterse o no a las normas de nuestro país. Esto, en relación a la validez o no del poder otorgado en el extranjero presentado en los autos. En el caso, el poder otorgado en el Brasil, por la firma Pirámides Brasilia S.A., a los doctores Domingo Pallarés y Mercedes Brítez S. de Buzó, traducida al español, es el que, para considerarse hábil, debió

ajustarse a las normas establecidas en nuestro país, según el criterio del apelante.

El Tribunal de Apelación, confirmó la resolución dictada en primera instancia, por considerar improcedente la excepción de falta de personería, deducida por el demandado. Dicha posición la fundó en lo dispuesto en el artículo 2 de la ley 614 del año 1976 (que ratifica la Convención interamericana sobre régimen legal de poderes), que dice que: “Las formalidades y solemnidades relativas al otorgamiento de poderes, que hayan de ser utilizados en el extranjero se sujetarán a las leyes del Estado donde se otorguen, a menos que el otorgante prefiera sujetarse a la ley del Estado en que hayan de ejercerse. En todo caso, si la ley de este último exigiere solemnidades esenciales para su validez del poder, regirá dicha ley”. Consideraba el Tribunal que, en las disposiciones citadas se consagra el principio “*locus regis actum*”, es decir, que “las formas extrínsecas de los actos jurídicos son regidas por las leyes del lugar de su celebración”, siendo ésta, la regla general.

Las CIDIPs en el Uruguay: una simbiosis duradera

María Laura CAPALBO* / Gonzalo LORENZO IDIARTE**

Sumario: Las CIDIPs en el Uruguay: una simbiosis duradera. I. Introducción. II. Aplicación de CIDIPs por la jurisprudencia uruguaya. 1. Sobre el manejo de las diversas fuentes según su origen. 2. Las Convenciones de CIDIP como fuente de integración. 3. Las normas generales del DIPr. III. Influencia de las CIDIPs en las normas de DIPr de fuente nacional. 1. Código General del Proceso. 2. Ley de Sociedades comerciales n°16060. IV. Influencia de las CIDIPs en el Proyecto de Ley General de DIPr. V. Conclusiones.

I. Introducción

El proceso de CIDIP ha originado veintisiete instrumentos interamericanos, entre los que se encuentran veintiún Convenciones, dos Protocolos, una Ley Modelo y dos Documentos Uniformes, en seis Conferencias especializadas realizadas desde 1975 al 2002. Además, el Reglamento Modelo para el Registro en virtud de la Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias en la VII Conferencia Especializada celebrada en 2009

Uruguay ha ratificado dieciocho de dichas Convenciones y los dos Protocolos elaborados, por lo que la normativa derivada de dichas conferencias integran gran parte de nuestro Derecho internacional privado (en adelante “DIPr”) de fuente supranacional, junto con los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940.

Las únicas tres Convenciones no ratificadas por nuestro país son: Convención interamericana sobre personalidad y capacidad de personas jurídicas en el derecho internacional privado; la Convención interamericana sobre contrato de transporte internacional de mercadería por carretera; y

* Abogada. Escribana. Profesora Adjunta de Derecho internacional privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Presidenta del Colegio de Abogados del Uruguay.

** Abogado. Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho internacional privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y de la Universidad de Montevideo. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Uruguay.

Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales.

II. Aplicación de CIDIPs por la jurisprudencia uruguaya

Enumerar los casos en los cuales nuestros tribunales aplicaron las Convenciones interamericanas aprobadas por Uruguay, excede el espacio previsto para este trabajo. A efectos de dar una muestra de la situación actual, referiremos aquí a algunos casos que evidencian la influencia de las CIDIPs.

1. Sobre el manejo de las diversas fuentes según su origen

Nuestra jurisprudencia ha sostenido en innumerables sentencias que corresponde, en un caso internacional, aplicar el tratado sobre la materia en disputa vigente entre los ordenamientos jurídicos involucrados y solo en su defecto, las normas de DIPr de fuente nacional, basándose en el artículo 1 de la Convención interamericana sobre normas generales de DIPr y en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Así, la sentencia número 503/2013 del 30/10/2013 dictada por la Suprema Corte de Justicia, en un proceso de reconocimiento y ejecución de laudo arbitral extranjero, estableció: “El marco normativo aplicable resulta ser el que deriva de la Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional de CIDIP 1, Panamá 1975, ratificado por nuestro país por Ley n° 14.534; en el mismo ámbito la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros de CIDIP II, Montevideo 1979, aprobada en Uruguay por Ley n° 14.953 del 12/11/979. *“Conforme lo entiende la doctrina especializada, y surge de los Instrumentos internacionales citados, cuando exista Tratado sobre la materia de que se trata con determinado país, debe aplicarse el mismo, en su defecto, las normas nacionales de Derecho Internacional Privado”* (itálica nuestra)¹.

También la sentencia No. 796/019-1 dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal, en un caso de cese de la prisión domiciliaria por cumplimiento máximo de detención de la persona requerida, estableció: “No está de más señalar que este orden tiene también una razón normativa previa. La primacía del Tratado sobre el derecho interno surge de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, ratificada por Uruguay. El mismo

¹ <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=85532>.

principio surge del art. 1 de la Convención interamericana de normas generales del Derecho internacional privado (...).²

En esta materia de manejo de fuentes, la jurisprudencia compatibiliza las Convenciones de CIDIP con otras fuentes nacionales. La sentencia N° 20/2010 del 09/03/2016 del Tribunal de Apelaciones de 6° turno aplica la Convención interamericana sobre recepción de prueba en el Extranjero de la Organización de los Estados Americanos aún en el marco de aplicación del Protocolo de cooperación y asistencia jurisdiccional vigente entre los Estados del MERCOSUR. Autoriza otra vía de tramitación de exhortos distinta a la Autoridad Central, ya que si bien resulta de aplicación el art. 2 del Protocolo, que sólo admite la vía de Autoridad Central, la misma norma en su art. 35 reza: “El presente Protocolo no restringirá las disposiciones de las convenciones que sobre la misma materia hubieran sido suscriptas anteriormente entre los Estados en tanto no la contradigan”. Por ello, entiende dicho Tribunal que: *“en la medida en que tanto la Argentina como el Uruguay ratificaron (...) la Convención Interamericana sobre Recepción de Prueba en el Extranjero de la Organización de los Estados Americanos, también mencionada por el apelante, y que en ella se habilita la utilización de otras vías, cabe entender que la vía escogida (no Autoridad Central) resulta válida y legalmente admisible, en tanto no contradice –para nada– lo dispuesto en el mencionado Protocolo del MERCOSUR”* (itálica nuestra)³.

2. Las Convenciones de CIDIP como fuente de integración

La doctrina uruguaya es proclive a la aplicación de las CIDIPs por vía de integración, acudiendo al artículo 16 del Código Civil. Este es el caso de Convención interamericana sobre el régimen legal de los poderes para ser utilizados en el extranjero, la que según la Asociación de Escribanos del Uruguay también resulta aplicable para cualquier poder que provenga del extranjero, aun de países no ratificantes.

La jurisprudencia uruguaya, incluso, ha aceptado la aplicación de convenciones de la CIDIP aún no ratificadas por Uruguay, como doctrina más recibida⁴.

Varias veces la jurisprudencia recurre a conceptos establecidos en Convenciones de CIDIP, cuando no existen conceptos exactos en el orden interno. Tal el caso de la sentencia número 326/2010 del 30/01/2010 mediante la cual el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1° turno se declaró

² M. V. ÁLVAREZ SILVA / L. ACOSTA / L. LONG / Y. GONZÁLEZ, “El proceso de extradición” en: *Curso sobre el Nuevo Código del Proceso Penal -Ley N° 19.293*, vol. II, Montevideo, FCU, 2019, p. 513.

³ <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA>.

⁴ El *leading case* puede considerarse el de restitución de una menor: LJU 13109.

competente para entender en un caso de tenencia de un menor en virtud de que el mismo tenía su centro de vida en Uruguay. Para ello acudió al concepto de residencia habitual del niño, adoptado por la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores y la Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores, entre otras normas.

3. Las normas generales del DIPr

Es muy común en nuestra jurisprudencia la referencia a la Convención interamericana sobre normas generales de DIPr para fundar tal o cual solución basada en la teoría general de nuestra disciplina. Así, por ejemplo, el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er Turno ha aplicado la Convención de normas generales para descartar la aplicación de la excepción de institución desconocida, cuando se ha invocado la adopción plena fundada en derecho extranjero siendo que en Uruguay existía la legitimación adoptiva, análoga a la primera⁵.

Por su parte, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º Turno, aplicó el artículo 9 de la Convención de normas generales (adaptación o armonización), para fundar su competencia en el marco del Protocolo de Buenos Aires (sentencia No 100/2015 de fecha 18/03/2015)⁶.

En materia de prueba de derecho extranjero, la Suprema Corte de Justicia admite los previstos en la Convención interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero (sentencia N° 166/2015 de fecha 21/05/2015)⁷.

III. Influencia de las CIDIPs en las normas de DIPr de fuente nacional

Las soluciones de las distintas convenciones interamericanas influyeron decisivamente en el Título X del Código General del Proceso (normas procesales internacionales) y en la Sección XVI del Capítulo I de la Ley 16.060 sobre sociedades comerciales (De las sociedades constituidas en el extranjero), sin perjuicio de otras disposiciones aisladas del orden jurídico nacional. Comentaremos las disposiciones de estos cuerpos normativos en relación a las convenciones que influyeron en ellas.

⁵ <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA>

⁶ <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA>

⁷ <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA>

1. Código General del Proceso

El título X del Código General del Proceso (ley 15.982 con sus modificativas, en adelante “CGP”) fue en lo sustancial elaborado por los entonces Profesores Titulares Dres. Didier Operti y Eduardo Tellechea, a solicitud de los miembros redactores del proyecto, Profesores Enrique Vescovi, Adolfo Gelsi Bidart, y Luis Torello.

El Título X del CGP se compone de cuatro Capítulos.

En lo que refiere a los principios generales (Capítulo I), se ve claramente el influjo de las CIDIPS, en la consagración de la preeminencia de los tratados sobre las normas de derecho internas de DIPr (art. 524, concordante con el art. 1 de la Convención interamericana sobre normas generales de DIPr), en la aplicación de oficio del derecho extranjero y su interpretación conforme lo hacen los tribunales del Estado al que el derecho pertenece (arts. 525.3 y 525.4, concordantes con los arts. 2 y 4 de la misma Convención)⁸.

Lo relativo al Capítulo II, recoge soluciones consagradas en la Convención interamericana sobre exhortos y cartas rogatorias y Convención sobre recepción de prueba en el extranjero (aprobada por Decreto Ley 14.534).

El Capítulo III concerniente a la cooperación judicial internacional, tiene como fuente primordial la Convención interamericana sobre ejecución de medidas cautelares (aprobada por Decreto-Ley 14.953)⁹.

El Capítulo IV sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras, tiene evidente influencia de la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros (aprobada por Decreto-Ley 14.953). No obstante, es quizás en este capítulo donde el legislador nacional ha podido reglamentar más acabadamente varios aspectos de su objeto, que no figuran en la norma supranacional. Así, por ejemplo, distingue claramente entre los efectos de las sentencias extranjeras (art. 538 CGP: imperativos, probatorios y fuerza ejecutoria) según los cuales se regulan procedimientos de reconocimiento y ejecución diferentes (arts. 540 y 541 CGP). Establece además una diferencia sustancial en el control de la jurisdicción indirecta por las reglas de jurisdicción internacional del Estado

⁸ Esto, aunque similares disposiciones ya existían en los Protocolos adicionales a los Tratados de Montevideo de 1889 y 1939-1940.

⁹ La ley 18.803, que regula el embargo de buques, consagra el principio de jurisdicción más próxima, teniendo como fuente mediata precisamente la Convención interamericana (art. 10). La fuente inmediata de esta ley, en este aspecto, es el art. 535 del CGP.

que dictó la sentencia y no de aquél donde se quiere hacer valer (Art. 539.1 nral. 4 CGP)¹⁰.

2. Ley de Sociedades comerciales n° 16060

La Sección XVI del Capítulo I de la ley 16.060 (en adelante “LS”) regula las sociedades comerciales constituidas en el extranjero. Si bien se ha sostenido que las sociedades “constituidas en el extranjero” que regula esta ley, constituyen una categoría autónoma comprensiva de entidades comerciales y civiles¹¹, creemos que esta sección regula las sociedades comerciales (calificadas como tales por la ley de su constitución). Independientemente de esto, no hay dudas de que esta Sección tiene como fuente la Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de sociedades mercantiles (aprobada por Decreto-Ley 14.953). El art. 192 de la LS es casi idéntico al 2 de la Convención, regulando la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades mercantiles, por la ley del lugar de su constitución (que define como el Estado donde se cumplen los requisitos de fondo y de forma requeridos para su creación). El inciso 2 del art. 192 proviene del art. 2 inc. 3 de la Convención; el art. 193 proviene del inc. 1 del art. 3°. El art. 198 de la LS tiene su concordante en el art. 5 de la Convención (sociedades constituidas en un Estado con sede efectiva en otro).

No obstante, lo expuesto, la LS se aparta de la Convención en cuanto que requiere el cumplimiento de ciertos requisitos (registro, publicaciones, etc.) sólo cuando se requiere realizar actos propios del objeto mediante sucursal, agencia o representación permanente, mientras que la norma supranacional requiere cumplir con la ley local toda vez que la sociedad constituida en el extranjero pretenda realizar, directa o indirectamente, actos propios de su objeto. La LS, en relación a la actividad extraterritorial de las sociedades comerciales, se aparta tanto del criterio cualitativo (el de la Convención) como cuali-cuantitativo clásico (el previsto en el Tratado de Derecho comercial terrestre de 1940).

IV. Influencia de las CIDIPs en la Ley General de DIPr

¹⁰ Tal lo que E. VÉSCOVI refiere como “importantísima diferencia” entre la Convención Interamericana y el CGP. Cf. *Derecho Procesal Civil Internacional*, Montevideo, Idea, 2000, pp. 166-167.

¹¹ J. BERDAGUER, *Sociedades extranjeras: principales aspectos de su actuación y contralor*, Montevideo, FCU, 1998, pp. 18-20.

La ley N° 19.920, denominada Ley General de Derecho Internacional Privado, fue aprobada el 17 de noviembre 2020 y entró en vigor el 16 de marzo de 2021.

La referida ley deroga en forma expresa el Apéndice del Código Civil, aprobado por ley N° 10.084, que estuvo vigente en Uruguay por casi 80 años.

La consecuencia directa de su aprobación radica en que los casos *jus privatistas* internacionales relacionado con Estados con los cuales no nos vincula tratado, convenio o convención, serán regulados por esta ley.

La ley N° 19.920 contiene 63 artículos, divididos en 13 capítulos, que clasificaremos en 4 sectores para destacar la influencia de las CIDIPs en la misma

El primero de ellos, que abarca el Capítulo I (Normas Generales), refiere a la mecánica de aplicación de la norma de conflicto y la especialidad del Derecho comercial internacional.

Sin lugar a duda, que los artículos 1 (Normas nacionales y convencionales de derecho internacional privado), 2 (Aplicación del derecho extranjero), 4 (Admisión de recursos procesales), 5 (Orden público internacional), 7 (Fraude a la ley), 8, (Institución desconocida), 9 (Derechos adquiridos), 10 (Cuestiones previas o incidentales), 11 (Aplicación armónica) de la ley 19.920 tomaron como fuente, entre otras, la Convención interamericana de normas generales de Derecho internacional privado (CIDIP-II, Montevideo, 1979).

El segundo sector de la ley, conformado por el Capítulo II (Domicilio de las personas físicas) tomó como fuente, entre otras, la Convención interamericana sobre domicilio de las personas físicas en el Derecho internacional privado (CIDIP-II, Montevideo, 1979).

El tercero, compuesto por los Capítulos III a XI, que tiene por objeto determinar la ley aplicable a ciertas categorías, incluso no establecidas a texto expreso en el Apéndice del Código Civil, utilizando normas de conflicto a tales efectos, y admitiendo la autonomía de la voluntad conflictual en materia de contratos internacionales, tomó como fuente, entre otras, a la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias (CIDIP-IV, Montevideo, 1989) en su artículo 29 (Obligaciones alimentarias). Por su parte los artículos 45 (Ley aplicable por acuerdo de partes), 46 (Alcance del acuerdo de elección), 50 (Soluciones especiales), tomaron como fuente, entre otras a la Convención interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP-v, México 1994) con la particularidad de que dicha convención no fue ratificada por nuestro país. El artículo 50 de la 19.920 también tomó como fuente la Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de letras de cambio, pagaré y facturas (CIDIP-I Panamá, 1975 y la Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de Cheques (CIDIP- II Montevideo, 1979).

Por su parte el artículo 54 de la ley 19.920 referido a la categoría Poderes establece expresamente que: “Los poderes otorgados en el extranjero para ser ejercidos en la República se regularán por los artículos 1° a 12 inclusive de la Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes a ser utilizados en el Extranjero (CIDIP-I, Panamá, 1975), aprobada por el Decreto-Ley N° 14.534, de 24 de junio de 1976”. De esta forma y en esta categoría, tanto la soluciones de DIPr de fuente supranacional y nacional resultan idénticas.

El cuarto abarca el Capítulo XII sobre Jurisdicción Internacional determinando la competencia de los jueces uruguayos a través de normas de tipo unilateral. Cuenta con soluciones novedosas como lo es el apartado H del artículo 57, que tiene como objetivo permitir el acceso a la justicia, consagrando que el juez uruguayo igualmente será competente, aun careciendo de competencia según otras normas de la ley, si se dan acumulativamente los requisitos establecidos por dicho artículo, esto es, que la intervención del tribunal sea necesaria para evitar denegación de justicia, que la causa sea de imposible juzgamiento en otro Estado, que el caso tenga vínculos relevantes con la República, que los jueces uruguayos estén en condiciones de garantizar el debido proceso y que la sentencia que se dicte sea susceptible de ejecución (*forum necessitatis*). El foro de necesidad pretende no dejar al actor sin posibilidad de satisfacer sus legítimas pretensiones, permitiendo que el juez pueda excepcionalmente asumir jurisdicción.

En el presente Capítulo XII de la ley 19.920, específicamente en su artículo 59 (Soluciones especiales), literales A) y B) se deja de manifiesto la influencia del artículo 9 de la Convención interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares (CIDIP-II, Montevideo, 1979) y del artículo 13 de la Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores (CIDIP-V, México, 1994) .

En la Exposición de Motivos de la ley 19.920 se expresó: “Cabe señalar que este proyecto no significa, en la práctica, una modificación radical de las soluciones vigentes, mucha de las cuales surgen además de la aplicación de las convenciones que al respecto se han suscrito con los Estados con los cuales se da la mayor cantidad de tráfico externo y que la jurisprudencia ya maneja con solvencia. El objetivo es más modesto: se pretende actualizar la normativa de fuente nacional armonizándola con la normativa de fuente internacional ya ratificada por Uruguay o en cuya generación Uruguay ha participado activamente a través de sus delegaciones, sin perjuicio de tener en cuenta, también, las últimas soluciones de la normativa de fuente nacional en el derecho comparado a fin de precaver un inconducente aislamiento”¹².

¹² El destacado nos pertenece. Carpeta 1461/09 de la Cámara de Senadores, proyecto ingresado el 16/03/2009.

De manera la ley 19.920 pretende actualizar las normas de fuente nacional, armonizándolas con las de fuente supranacional, en particular las Convenciones interamericanas, como ocurrió anteriormente en materia procesal y societaria.

V. Conclusiones

De este muy escueto reporte, podemos concluir que las Convenciones interamericanas aprobadas en las diversas CIDIPs, han servido como fuente directa de las reformas legislativas más importantes de las últimas décadas en el Uruguay, y de forma preponderante para la Ley General de DIPr,.

También concluimos sin hesitación que la jurisprudencia es consciente en general de aplicar las convenciones cuando así resulta obligatorio al estar el caso vinculado a países ratificantes, pero ha ido más allá incluso aplicando las soluciones de la CIDIP para integrar vacíos normativos del sistema de conflicto interno, así como para interpretar conceptos indeterminados u oscuros del mismo sistema.

Lenta pero consistentemente se va afianzando la aplicación de diversas disposiciones de la Convención de normas generales, aun cuando las mismas pueden ser un tanto inextricables para quienes no están familiarizados con los términos extremadamente técnicos de la misma.

El Derecho internacional privado venezolano y la codificación interamericana

Claudia MADRID MARTÍNEZ*

Sumario: I. Notas generales sobre el sistema venezolano vigente. II. Tres ejemplos concretos. 1. Los problemas generales de aplicación del Derecho internacional privado. 2. Los contratos internacionales. 3. Problemas procesales: cooperación jurídica internacional y eficacia extraterritorial de sentencias. III. ¿Y la jurisprudencia? IV. Una nota final.

I. Notas generales sobre el sistema venezolano vigente

Desde el primer Código Civil venezolano, en 1862, hasta la entrada en vigencia de la Ley de Derecho internacional privado en 1999¹³, como en buena parte de América Latina, en Venezuela rigió un sistema estatutario con marcada influencia francesa. Sin embargo, muy temprano empezaron también las propuestas para una regulación autónoma del Derecho internacional privado (DIPr).

En efecto, la primera propuesta, aunque nunca se discutió, se realizó en 1912, con el proyecto de Ley de aplicación del DIPr, redactado por Pedro Manuel Arcaya. La idea de una regulación autónoma volvió al foro venezolano en 1963, cuando una comisión integrada por Joaquín Sánchez-Covisa, Roberto Goldschmidt y Gonzalo Parra-Aranguren, nombrada por el entonces Ministro de Justicia, Andrés Aguilar, publicó el proyecto de Ley de normas de DIPr, el cual fue ligeramente modificado por los mismos proyectistas en 1965. Sin embargo, este proyecto tampoco fue discutido, entre otras razones, debido a la falta de madurez del foro venezolano para la aplicación práctica del DIPr, las dificultades inherentes a su adaptación a la

* Doctora en Ciencias Mención Derecho, *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado y Abogado de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesora Asociado en la UCV y en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). *Postdoctoral researcher* becada por la Alexander von Humboldt Stiftung en la Universität zu Köln (2012-2014).

¹³ Publicada en la Gaceta Oficial n° 36.511, de fecha 06/08/1998, entró en vigencia el 06/02/1999.

legislación vigente debido a lo novedoso de sus soluciones, así como la falta de interés por la materia, el cual se redujo en buena medida a las aulas universitarias y a las corporaciones científicas¹⁴.

En la década de los noventa, a iniciativa de Tatiana Maekelt, el Proyecto de Ley de normas de DIPr fue retomado por los profesores de Derecho internacional privado de las universidades venezolanas. Así, durante las primera y segunda reuniones nacionales de profesores de derecho internacional privado, en 1995 y 1996, respectivamente, se procedió a la revisión y actualización del proyecto de 1965. Para ello, se contó con la activa participación de Parra-Aranguren. El resultado de este trabajo fue aprobado como Ley de DIPr, el 6 de agosto de 1998 y entró en vigencia el 6 de febrero de 1999.

La Ley mantuvo las disposiciones fundamentales del proyecto de 1965 y recogió en su articulado la evolución de la doctrina y la jurisprudencia venezolanas. Además, se adaptó a nuevas leyes vigentes en Venezuela y a las actualizaciones que de sus normas originales se hicieron en el marco de las Conferencias interamericanas especializadas de Derecho internacional privado (CIDIPs), hoy celebrando sus casi cincuenta años.

En efecto, la doctrina venezolana, y así lo reconoce expresamente la profesora Tatiana Maekelt, siempre ha sido favorable al proceso de codificación en el marco de las Conferencias interamericanas, “(...) considerándolo no sólo como importante instrumento de desarrollo, como elemento útil dentro de la creciente globalización, sino también como fundamento para la aceleración de la integración regional y subregional”¹⁵.

Además, desde sus inicios en 1975, Venezuela ha sido uno de los países más activos. “Desde la sugerencia de los temas, pasando por la elaboración y discusión de los proyectos de las convenciones, finalizando con la aprobación y ratificación de las mismas, Venezuela juega un rol protagónico”¹⁶.

Hasta el momento, Venezuela ha ratificado catorce instrumentos en el marco de las CIDIPs: Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas¹⁷, Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional¹⁸, Convención interamericana sobre

¹⁴ T.B. MAEKELT, *Ley venezolana de Derecho internacional privado. Tres años de su vigencia*, (Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales), Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2002, p. 43.

¹⁵ T.B. MAEKELT (nota 2), pp. 36-37. “*Although the methodology selected might be subject to criticism, particularly with respect to its slow pace, it undoubtedly contributes in a realistic way to the process of unification of the rules of private international law in the hemisphere*”. T.B. MAEKELT, “General rules of private international law in the Americas. New approach”, *Recueil des Cours*, vol. 177, 1982-IV, pp. 193 ss., especialmente p. 229.

¹⁶ T.B. MAEKELT (nota 2), p. 43.

¹⁷ Gaceta Oficial n° 33.150, 23/01/1985.

¹⁸ Gaceta Oficial n° 33.170, 22/02/1985.

exhortos o cartas rogatorias¹⁹, Convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero²⁰, y Convención interamericana sobre régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero²¹ de la CIDIP I, Panamá, 1975; Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de cheques²², Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de sociedades mercantiles²³, Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros²⁴, Convención interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero²⁵, Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado²⁶, y Protocolo adicional a la convención interamericana sobre exhortos y cartas rogatorias²⁷ de la CIDIP II, Montevideo, 1979; Protocolo adicional a la convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero²⁸ de la CIDIP III, La Paz, 1984; Convención interamericana sobre restitución internacional de menores²⁹ de la CIDIP IV, Montevideo, 1989; y Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales³⁰ de la CIDIP V, México, 1994.

Ahora bien, cuando uno examina comparativamente las disposiciones de la Ley venezolana y las de las convenciones interamericanas que regulan la materia objeto de aquella se nota, sin duda, gran similitud entre ellas. La razón de tal similitud es explicada por Maekelt: “La aproximación al texto de los tratados ratificados debe ser el objetivo de la codificación interna del Estado, para evitar la creación de regímenes distintos aplicables a los supuestos con elementos extraños. En el caso de la Ley venezolana, existe otra circunstancia que coadyuva a este acercamiento: las convenciones interamericanas se apoyaron, en numerosos casos (especialmente en lo que a instituciones generales se refiere), en el texto del proyecto de Ley de normas de DIPr de 1965 y, en consecuencia, no se puede afirmar, solamente, que la Ley se nutrió de las convenciones. En muchas disposiciones la idea primaria la concibieron los proyectistas venezolanos y su redacción, a su vez, fue adoptada por las convenciones”³¹.

¹⁹ Gaceta Oficial n° 33.033, 03/08/1984.

²⁰ Gaceta Oficial n° 33.170, 22/02/1985.

²¹ Gaceta Oficial n° 3.511 Extraordinario, 30/01/1985.

²² Gaceta Oficial n° 33.143, 14/01/1985.

²³ Gaceta Oficial n° 33.170, 22/02/1985.

²⁴ Gaceta Oficial n° 33.144, 15/01/1985.

²⁵ Gaceta Oficial n° 33.170, 22/02/1985.

²⁶ Gaceta Oficial n° 33.252, 26/06/1985.

²⁷ Gaceta Oficial n° 33.171, 25/02/1985.

²⁸ Gaceta Oficial n° 4.580 Extraordinario, 21/05/1993.

²⁹ Gaceta Oficial n° 5.070 Extraordinario, 28/05/1996.

³⁰ Gaceta Oficial n° 4.974 Extraordinario, 22/09/1995.

³¹ T.B. MAEKELT (nota 2), p. 56.

II. Tres ejemplos concretos

Tanta afinidad nos obliga a elegir tres ejemplos concretos en la Ley venezolana: en primer lugar, los problemas generales de aplicación del DIPr, cuya regulación en la Ley guarda estrecha relación con la Convención interamericana de normas generales; en segundo término, los contratos internacionales y su evidente vínculo con la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales; y, finalmente, hemos elegido, dos temas procesales, referido el primero a la cooperación jurídica internacional y el segundo a la eficacia extraterritorial de sentencias.

Ello sin dejar de destacar que, por ejemplo, la regulación del domicilio en nuestra Ley de DIPr es curiosamente cercana a la contenida en la Convención interamericana sobre domicilio de las personas físicas, instrumento que no ha sido ratificado por Venezuela³².

También hay un paralelismo en la regulación de las personas jurídicas entre el artículo 20 de la Ley y la Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de sociedades mercantiles, Convención en la cual –según reconoce la exposición de motivos de la Ley³³– está fundamentada la norma citada.

La Ley, en este caso, remite a la aplicación del derecho del lugar de la constitución de la persona jurídica de carácter privado, para todo lo relativo a su existencia, capacidad, funcionamiento y disolución. Además, la propia norma califica el lugar de constitución como aquel en que se cumplen los requisitos de forma y fondo para la creación del ente moral. Sin embargo, la Ley no regula lo relativo al reconocimiento de la persona jurídica o a su capacidad de ejercicio, tampoco se regula lo relativo a la fusión o e tema del domicilio de las personas jurídicas, criterio este utilizado por la ley para

³² Justo es reconocer, por una parte, la activa y muy valiosa participación de Gonzalo Parra-Aranguren en la elaboración de esta Convención –recuérdese su insistencia, lamentablemente no considerada, por la consagración del domicilio autónomo de los incapaces– (G. PARRA-ARANGUREN, La segunda conferencia interamericana especializada de derecho internacional privado [CIDIP-II], en: *Actas Procesales de Derecho Vivo*, Caracas, 1979, vol. XXXII, nos. 94-96, pp. 83 ss., especialmente pp. 134-138), y, por otra, el hecho de que esta Convención fue aprobada –con excepción de la norma referida al domicilio de los incapaces– por el entonces Congreso de la República, pero su Ley aprobatoria nunca fue publicada, por lo cual no pudo hacer el depósito del instrumento de ratificación. Así lo reseña el propio Parra-Aranguren (G. PARRA-ARANGUREN, *El régimen de los bienes en el matrimonio en el derecho internacional privado venezolano*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, Cátedra Fundacional Caracciolo Parra León, 2007, p. 145, nota 259).

³³ Texto de la exposición de motivos en: T.B. MAEKELT Y OTROS., *Ley de Derecho internacional privado. Derogatorias y concordancias*, 7ª ed. aumentada y corregida, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2015, p. 81.

afirmar la jurisdicción de los tribunales venezolanos (art. 39)³⁴. Tales lagunas pueden ser llenadas, según admite Maekelt, con las disposiciones de la Convención interamericana³⁵.

Veamos ahora los ejemplos elegidos.

1. Los problemas generales de aplicación del Derecho internacional privado

La Ley de DIPr venezolana dedica su capítulo I a las “Disposiciones generales”, y en él se regula todo lo relativo a las fuentes del derecho internacional privado, la aplicación del derecho extranjero y las instituciones generales. Este capítulo recoge, en palabras de la profesora Maekelt, “(...) las normas fundamentales de la Ley”³⁶.

No es necesario realizar un muy profundo análisis para encontrar grandes acercamientos entre la Convención interamericana sobre normas generales de DIPr y las disposiciones generales de la Ley.

Destaquemos, para comenzar, dos materias en las que la Ley se aparta de la Convención para tomar características particulares. En primer término, aunque igual que el artículo 1 de la Convención, el artículo 1 de la Ley reconoce la aplicación preferente de los tratados, esta norma va más allá al admitir la aplicación de normas de Derecho internacional público sobre DIPr. Además reconoce una importante función a la analogía y a los principios de DIPr generalmente aceptados, cosa que no hace la Convención³⁷.

En segundo término, la Ley contiene una nota muy propia en la concepción sobre la aplicación del derecho extranjero que, sin contradecir el espíritu que en Venezuela se ha reconocido a la Convención³⁸, dispone la

³⁴ F. ROMERO, “Las personas jurídicas y las obligaciones en la Ley de derecho internacional privado venezolana”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, 2000, 117, pp. 163 ss., especialmente pp. 167-168.

³⁵ T.B. MAEKELT (nota 2), p. 95.

³⁶ T.B. MAEKELT (nota 2), p. 58.

³⁷ C. MADRID MARTÍNEZ, “Artículo 1. Ámbito de aplicación de la Ley. Prelación de fuentes”, en: AA.VV., *Ley de derecho internacional privado comentada*, t. I, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela / Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, Universidad Central de Venezuela, 2005, pp. 141 ss.

³⁸ A pesar que el artículo 2 de la Convención se refiere a aplicar el derecho extranjero como lo haría el juez extranjero, con lo cual parece más bien referirse a la teoría del hecho, en Venezuela se ha interpretado esta disposición como consagrando la tesis jurídica que considera al derecho extranjero como derecho extranjero. “De igual forma se pronuncia la Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado. En su artículo 2 se consagra la obligación de aplicar el derecho extranjero por parte de jueces y autoridades y se agrega que esta aplicación deberá hacerse tal como la harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable. Es decir, los jueces del caso deberán aplicar el

aplicación del derecho extranjero de conformidad con los principios que rigen en el país extranjero respectivo y de manera que se realicen los objetivos de las normas de conflicto venezolanas (art. 2), expresión esta última que se ha entendido como una consagración del principio de la justicia material del caso concreto³⁹. La Ley añade, además, una regulación para los casos de aplicación del derecho extranjero cuando en el sistema competente convivan diversos ordenamientos jurídicos (arts. 3).

Ahora bien, en relación con las llamadas instituciones generales⁴⁰ existe una prácticamente absoluta coincidencia en la regulación de las cuestiones previas, preliminares o incidentales, cuyo sometimiento a la *lex fori* o a la *lex causae* es dejado en manos del juez (arts. 6 LDIP y 8 CINGDIP), la adaptación, guiada por la justicia material del caso concreto (arts. 7 LDIP y 9 CINGDIP), el orden público en el DIPR consagrado como una verdadera excepción (arts. 8 LDIP y 5 CINGDIP)⁴¹ y la institución desconocida (arts. 9 LDIP y 3 CINGDIP). El silencio con respecto a las calificaciones también es un punto común, debido, según se afirma, a que es una de los problemas más complicados del derecho internacional privado, por lo que más vale dejarlo en manos del juez⁴².

derecho extranjero identificándose con el respectivo juez extranjero”. T.B. MAEKELT (nota 2), p. 71.

³⁹ E. HERNÁNDEZ-BRETÓN, “Los objetivos de las normas venezolanas de conflicto”, *Avances del Derecho internacional privado en América Latina. Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 169 ss.

⁴⁰ C. MADRID MARTÍNEZ, “Instituciones generales de Derecho internacional privado: más allá del problema conflictual”, V.H. Guerra, V.H. / Madrid Martínez, C. / Pérez, Y. (Coords.), *Estudios de Derecho internacional privado, Homenaje a Tatiana Maekelt*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, pp. 155 ss.

⁴¹ Con el carácter de una excepción podemos ver al orden público en los artículos 11 de la Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas; 5,2,b de la Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional; 17 de la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias; 16 de la Convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero, art. 12 de la Convención interamericana sobre el régimen legal de poderes; 7 de la Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de sociedades mercantiles; 25 de la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores; 9 de la Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de cheques cheques; 2,h de la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de sentencias y laudos arbitrales extranjeros; y 18 de la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales.

⁴² “Por ello se justifica la ausencia de una normativa tanto en la Convención interamericana de normas generales de derecho internacional privado, como en la Ley venezolana. Este silencio otorga mayor libertad al juez, lo cual debería ser interpretado como una tendencia a promover la calificación autónoma, sobre todo, si se analiza el contenido de las demás Convenciones Interamericanas, en las cuales se incluyen, con frecuencia, calificaciones autónomas de carácter especial”. Ver: T.B. MAEKELT (nota 2), p. 90. Ver también: E. HERNÁNDEZ-BRETÓN, “En materia de calificaciones, reenvío y otros asuntos de Derecho internacional privado”, *Cuadernos Unimetanos*, n° 11, 2007, pp. 227 ss., especialmente pp. 228-229.

Notables diferencias separan no obstante a estos instrumentos, por ejemplo, en materia de reenvío, institución aceptada hasta segundo grado por la Ley y obviada por la Convención. La Ley, por su parte, no regula el fraude a la Ley, en parte por las críticas hechas al artículo 6 de la Convención, en parte –y nosotros no compartimos esta opinión⁴³– porque la función del fraude a la ley puede ser cumplida por otras figuras como el abuso de derecho y el orden público⁴⁴.

Finalmente conviene mencionar las diferencias en cuanto a la regulación de las situaciones jurídicas válidamente creadas. En efecto, mientras el artículo 7 de la Convención ordena el reconocimiento de tales situaciones si las mismas han sido creadas “de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan una conexión al momento de su creación”, el artículo 5 de la Ley ordena su reconocimiento si han sido creadas conforme al ordenamiento jurídico declarado competente por un criterio internacionalmente admisible. Además, a la excepción de orden público, admitida también por la Convención, la Ley añade los casos de contradicción de los objetivos de las normas venezolanas de conflicto y aquellos supuestos en que el derecho venezolano reclame competencia exclusiva, para excluir dicho reconocimiento.

2. Los contratos internacionales

Tal como se lee en la Exposición de Motivos de la Ley venezolana, las normas que en este instrumento regulan los contratos internacionales procuran “(...) resumir en un conjunto de preceptos las orientaciones más relevantes de la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, ratificada por Venezuela en 1995, la más autorizada doctrina, y las necesidades de una de las instituciones de más delicadas repercusiones prácticas en el comercio jurídico internacional”⁴⁵.

La influencia plural que recibe la ley venezolana se hace presente a la hora de resolver el problema de las lagunas que pueden plantear los casos concretos ante las únicas tres normas que dedica la ley a los contratos internacionales. En efecto, tal como ha afirmado Tatiana Maekelt, “Tenemos plena conciencia de que en el ámbito contractual la Ley omite una serie de aspectos, tales como la forma de indicar el derecho aplicable, el momento de dicha indicación, la facultad del juez de aplicar o no varios derechos a la relación contractual y el comportamiento frente al reenvío. La falta de estas regulaciones se interpretará en el marco de la amplia libertad de las partes

⁴³ C. MADRID MARTÍNEZ (nota 28), pp. 222-223.

⁴⁴ T.B. MAEKELT (nota 2), p. 92.

⁴⁵ T.B. MAEKELT Y OTROS (nota 21), p. 79.

contratantes y el fin último que debe perseguir el juez: la solución equitativa de cada caso”⁴⁶.

Tales lagunas también podrían ser llenadas, desde luego, con las disposiciones de la Convención. De hecho, cuando la doctrina comenta el sistema venezolano sobre la materia, lo hace analizando de manera conjunta ambos instrumentos, pues, en definitiva, las tres disposiciones de la Ley reproducen, con algunas diferencias menores, las tres normas centrales de la Convención de México⁴⁷.

En tal sentido, Hernández Bretón reconoce expresamente que “(...) la CIDACI es un elemento indispensable para poder interpretar y aplicar las soluciones de la LDIP (...). Las soluciones de la CIDACI complementan y desarrollan las soluciones incorporadas expresamente en la legislación nacional como principios generalmente aceptados de derecho internacional privado a tenor de lo dispuesto en el artículo 1 de la LDIP”⁴⁸.

Hay no obstante, entre ambos instrumentos, algunas diferencias. En primer lugar, hemos de referir la forma de calificar al contrato como internacional. En efecto, de conformidad con el artículo 1 de la Convención, para calificar al contrato como internacional, los elementos de extranjería deben ser relevantes y como tales se consideran, dentro de los elementos subjetivos, la residencia habitual –en el caso de las personas físicas– o el establecimiento –en el caso de las personas jurídicas–; por su parte, los elementos objetivos no están limitados por el texto normativo, de manera que podría tratarse del lugar de celebración o de ejecución, por ejemplo. Así, no podría decirse que, en el ámbito de esta Convención, un contrato entre personas de nacionalidades diversas –y con todos los demás elementos objetivos y subjetivos localizados en un solo Estado– pueda ser calificado como internacional⁴⁹.

⁴⁶ T.B. MAEKELT (nota 2), p. 87.

⁴⁷ Así puede verse en: O. DOS SANTOS, *Contratos internacionales en el ordenamiento jurídico venezolano*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela / Vadell Hermanos Editores, 2000; J.A. GIRAL PIMENTEL, *El contrato internacional*, Colección Estudios Jurídicos n° 71, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1999; C. MADRID MARTÍNEZ, *La responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios. Aspectos internos e internacionales*, Serie Tesis n° 4, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2009; Z. MARÍN, *Rol de la lex mercatoria en la contratación internacional venezolana del siglo XXI*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2010; F. ROMERO, “El Derecho aplicable al contrato internacional”, *Liber Amicorum, Homenaje a la Obra Científica y Académica de la Profesora Tatiana B. de Maekelt*, t. I, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela / Fundación Roberto Goldschmidt, 2001, pp. 203 ss., especialmente pp. 217 ss.

⁴⁸ E. HERNÁNDEZ-BRETÓN, *Mestizaje cultural de los países de la América Latina*, (Trabajo de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales), Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2007, p. 104.

⁴⁹ Este criterio ha sido aceptado por nuestro alto tribunal, afirmando que los contratos se ubican en el campo del derecho internacional privado cuando las partes que se obligan tienen

Por lo que respecta a la Ley de DIPr, ésta establece en su artículo 1, además del sistema de fuentes, el ámbito de su aplicación, el cual estará limitado a los “(...) supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros (...)”. La Ley no califica el tipo de contactos que la relación pueda tener con sistemas foráneos, por lo que hemos entendido que cualquier elemento de extranjería presente en la misma, hace que ésta sea considerada como internacional, incluida la nacionalidad de las partes⁵⁰.

También pueden apreciarse ciertas diferencias, y no ya un simple silencio, en dos aspectos relativos a los problemas de aplicación de las normas de conflicto. Nos referimos particularmente a la posibilidad de aplicar las normas imperativas de terceros Estados vinculados al contrato (art. 11 CIDACI) y a la exclusión del reenvío (art. 17 CIDACI).

En relación con el primero de los problemas citados, a pesar de que el proyecto de Ley de normas de DIPr de 1963-1965 establecía la consideración de las normas imperativas de terceros Estados, al ordenar al operador jurídico que, en materia contractual, aplicase “(...) en todo caso, las disposiciones de la ley del lugar donde se realice la prestación que regule su contenido por razones económico sociales de interés general” (art. 32), nuestra ley es silente al respecto⁵¹, y tal silencio nos obliga a preguntarnos por la posibilidad de considerar las normas de aplicación necesaria de terceros Estados cuando estamos fuera del ámbito de aplicación de la Convención de México. La respuesta puede ser relativamente sencilla si pensamos que el juez podría recurrir, en aplicación del artículo 1 de la Ley de DIPr, al principio de DIPr generalmente aceptado contenido en el citado instrumento convencional, pues es innegable la importancia de la aplicación de estas normas en orden a la solución del caso concreto.

sus domicilios en Estados diferentes; se celebran en un Estado y los efectos deben cumplirse en otro o, cuando las partes son de un mismo Estado y celebran el contrato en otro país, lo que conlleva a realizar un estudio para determinar el derecho aplicable en caso que surgiera un conflicto. Sin embargo, en este caso se evidencia que ambas partes están domiciliadas en Venezuela y, que tanto el lugar de celebración del contrato como el lugar de ejecución de las obligaciones se ubican en territorio de la República, razón por la cual no existe un factor foráneo que imponga considerar el asunto a la luz del derecho internacional privado. Ver: Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sentencia del 10/10/2000 (“*Montoya, Kociecki & Asociados, Sociedad Civil c. Alfred Missri Basmagi*”), disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Octubre/01892-101000-11258.htm>.

⁵⁰ Es la opinión que hemos sostenido en: C. MADRID MARTÍNEZ, *La norma de Derecho internacional privado*, Serie Trabajos de Grado n° 2, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2004, p. 22.

⁵¹ El silencio de la Ley de Derecho internacional privado venezolana en relación con las normas imperativas extranjeras se debe, en opinión de Maekelt, a una preocupación por la seguridad jurídica, que podría verse en peligro al consagrarse tal posibilidad. Ver T.B. MAEKELT, *Teoría general del Derecho internacional privado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, p. 244.

En lo relativo al reenvío –tal como hemos afirmado *supra*– la Ley venezolana se ha inclinado, como norma general, por la aceptación del reenvío hasta el segundo grado (art. 4). La inclusión de esta norma se consideró útil, de acuerdo con la exposición de motivos de la ley, “(...) en nombre de un principio de seguridad jurídica”. La propia exposición señala que el artículo 4 acoge el reenvío “(...) cuando propende a unificar la solución nacional con la solución del derecho extranjero o cuando, como ocurre frecuentemente en el reenvío simple, ambas son inevitablemente divergentes”.

Ahora bien, a pesar que el artículo 4 de la Ley venezolana, tal como hemos afirmado, es la regla general y, aparentemente, no tiene excepciones, la doctrina, fuera del ámbito de la Convención de México, ha aceptado la exclusión del reenvío en materia contractual⁵². Resulta interesante la tesis sostenida por Giral Pimentel, según la cual, en materia contractual, constituirán una excepción a la regla general del artículo 4 de la ley, los casos en que las partes elijan el derecho aplicable y, ante la ausencia de elección, las materias que constituyen el ámbito estricto del contrato y aquellas que se encuadran dentro del ámbito ampliado de la *lex contractus*. Para fundamentar tal excepción, Giral Pimentel recurre al artículo 2 de la Ley de DIPr y a la orden de realizar los objetivos de las normas venezolanas de conflicto en él contenida. Las normas que regulan la materia contractual, de acuerdo con la exposición de motivos de la ley, procuran recoger las orientaciones más relevantes de la Convención interamericana; por ello, el autor concluye que las disposiciones de la ley son susceptibles de ser interpretadas conforme a la Convención y, de esta manera, entender excluido el reenvío en materia de obligaciones convencionales⁵³.

En definitiva, en materia de determinación del derecho aplicable a los contratos internacionales, el rol de la Convención interamericana resulta fundamental, debido a lo escueto de la regulación de la ley. No habiendo entre ambos instrumentos contradicciones insalvables, parece aceptable una aplicación coordinada entre ellos, de manera de optimizar el funcionamiento del sistema y potenciar, en todo caso, el respeto a la voluntad de las partes y, en su defecto, la fuerte vinculación que pueda tener el contrato con un sistema –estatal o anacional– determinado.

Con este panorama, y a pesar de las señaladas diferencias de regulación entre ambos instrumentos, tal vez hubiera sido preferible, en nuestra opinión, incorporar una sola norma a través de la cual se remitiese a la Convención, tal como lo hizo la Ley italiana de DIPr con el entonces vigente Convenio de Roma⁵⁴.

⁵² T.B. MAEKELT (nota 2), p. 78; F. ROMERO (nota 35), p. 257.

⁵³ J.A. GIRAL PIMENTEL (nota 35), pp. 241-245.

⁵⁴ Legge 31 maggio 1995, N° 218 (1), Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, Art. 57: “*Le obbligazioni contrattuali sono in ogni caso regolate dalla Convenzione di Roma*”.

3. Problemas procesales: cooperación jurídica internacional y eficacia extraterritorial de sentencias

Dos de los principales aspectos del Derecho procesal internacional muestran claramente la compatibilidad del sistema interamericano con el sistema venezolano. Por ejemplo, en materia de cooperación jurídica internacional, la única norma que contiene la Ley venezolana al respecto, da cabida a la aplicación de las diversas convenciones interamericanas sobre la materia, incluso, en nuestra opinión, en casos vinculados con Estados no parte en tales convenios.

En efecto, conforme con el artículo 59 de la ley, “Los 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 resulte necesaria para el buen desarrollo del proceso. Asimismo evacuarán, dentro de la mayor brevedad, los exhortos y comisiones rogatorias provenientes de tribunales extranjeros que se ajusten a los principios del derecho internacional aplicables en la materia”.

Llama la atención la aparente simplicidad de esta norma. Sin embargo, ello obedece a un par de razones fundamentales: “(...) el apego a la necesidad de que la ley tenga carácter general, y su abundante y detallada regulación en los tratados internacionales ratificados por Venezuela, y por un considerable número de Estados. Ante la alternativa de copiar las disposiciones incluidas en las convenciones interamericanas y las de La Haya, los proyectistas resolvieron limitarse a la disposición esencial, tomando en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que permite aplicar a los Estados no Parte las normas consagradas en los tratados, como principios generalmente aceptados”⁵⁵. Con lo cual esta norma, más que una regulación, contiene la llave de entrada a la codificación convencional y a su aplicación, ya sea de manera directa, ya sea como principios de DIPr generalmente aceptados *ex* artículo 1 de la Ley.

Por lo que respecta a la eficacia extraterritorial de sentencias sucede algo similar. La Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de sentencias y la ley se complementan en su aplicación. En primer término, la Convención remite a la legislación interna de cada Estado para determinar el procedimiento a seguir para la ejecución de la sentencia (art. 6), lo cual hace la Ley en su artículo 55 al exigir, para que la sentencia despliegue su efecto ejecutorio, el juicio previo de *exequátur*. En segundo término, podemos afirmar que, con algunas diferencias menores, ambos instrumentos

del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, resa esecutiva con la legge 18 dicembre 1984, n. 975, senza pregiudizio delle altre convenzioni internazionali, in quanto applicabili”.

⁵⁵ T.B. MAEKELT (nota 2), p. 129.

comparten al menos cuatro requisitos para la procedencia del reconocimiento: que se trate de materia relativa a derecho privado; que la decisión a reconocer tenga carácter de cosa juzgada; que se trate de una decisión dictada por un tribunal competente en la esfera internacional; y que se haya respetado el llamado orden público procesal.

La Ley, por su parte, no hace referencia alguna al orden público sustantivo, cosa que sí hace la Convención. En Venezuela se ha admitido que este requisito sea revisado con fundamento en el artículo 5 de la ley, norma relativa a las situaciones jurídicas válidamente creadas, debido a que, en definitiva, lo que se ve afectado es el contenido de la sentencia y lo la forma del procedimiento que dio lugar a la misma⁵⁶.

La Ley, además, añade tres requisitos a los establecidos por la Convención: que la sentencia cuyo reconocimiento se pretende no verse sobre derechos reales respecto a bienes inmuebles situados en la República o que no se haya arrebatado a Venezuela la jurisdicción exclusiva que le correspondiere para conocer del negocio; que éste no sea incompatible con sentencia anterior que tenga autoridad de cosa juzgada; y que no se encuentre pendiente, ante los tribunales venezolanos, un juicio sobre el mismo objeto y entre las mismas partes, iniciado antes de que se hubiere dictado la sentencia extranjera.

Tomando en consideración su naturaleza, si alguno de estos requisitos se viere vulnerado, entendemos que, incluso en el ámbito de aplicación de la Convención interamericana, el juez venezolano negaría reconocimiento a la sentencia extranjera.

III. ¿Y la jurisprudencia?

Entender el comportamiento de la jurisprudencia venezolana en materia de DIPr pasa, necesariamente, por entender que nuestros tribunales suelen detenerse con mayor profundidad en temas procesales, dejando de lado las cuestiones de fondo. Nuestra jurisprudencia –y el derecho internacional privado no escapa a esta realidad– es eminentemente procesal. Podemos afirmar, sin ambages, que el 95% de las decisiones que se dictan en materia de DIPr están referidas a la determinación de la jurisdicción y al reconocimiento de sentencias extranjeras. Se incluyen además temas

⁵⁶ C. MADRID MARTÍNEZ, “Breves notas sobre el orden público y el reconocimiento de decisiones extranjeras en el sistema venezolano de Derecho internacional privado”, *Libro Homenaje a Juan María Rouvier* (Ed. F. Parra Aranguren), Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2003, pp. 361 ss.

relacionados con el arbitraje⁵⁷, validez de poderes otorgados en el extranjero⁵⁸ y tratamiento procesal del derecho extranjero⁵⁹. Pocas decisiones se refieren al tema del derecho aplicable al fondo de la controversia, al menos no lo hacen de manera directa.

Ahora bien, en general, podemos afirmar el respeto por el orden de prelación de las fuentes establecido en el artículo 1 de la Ley de DIPr y, en buena medida, los tratados internacionales son aplicados por nuestros tribunales y, dentro de ellos, la práctica judicial suele centrarse en los tratados más recientes –básicamente las Convenciones interamericanas y las de La Haya. El Acuerdo Boliviano sobre ejecución de actos extranjeros⁶⁰, por ejemplo, tiene escasa aplicación práctica⁶¹. Una suerte semejante acompaña al Código Bustamante⁶², aunque formalmente sigue formalmente vigente y es aplicado por nuestros tribunales. Buena parte de sus soluciones, propias de la

⁵⁷ Mencionemos en esta materia un caso emblemático en el cual, aun cuando no se aplicaron expresamente, al menos se citaron las convenciones interamericanas sobre arbitraje comercial internacional y sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, además de la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros (Gaceta Oficial n° 4.832 Extraordinario de 29/12/1994) y los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales de 2010. Nos referimos al célebre caso “PepsiCola”. Ver Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia de 9/10/1997, “Embotelladora Caracas et al. c. Pepsicola Panamericana”. El texto de la sentencia y un comentario pueden verse en: E. HERNÁNDEZ-BRETON, “Lo que dijo y no dijo la sentencia Pepsi Cola”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, n° 109, 1998, pp. 141 ss.

⁵⁸ En esta materia se ha aplicado incluso la Convención interamericana sobre régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero. Ver Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia de 21/03/2013, “Hotel Kristoff, C.A. c. Anthony Charles Kristoff Hernández et al.”, disponible en:

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/marzo/rc.000110-21313-2013-12-437.html>.

⁵⁹ La sentencia más emblemática en esta materia es, quizá, la dictada por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, el 20/12/2001, “Foreign Credit Insurance Association v. Naviera Rassi C.A. et al.”, disponible en:

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Diciembre/RC-0451-201201-00871.htm>.

También resulta de importancia, por aceptar la información acepta del derecho extranjero a través de un testimonio experto: Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia de 2/06/2009, “Michael Sterling Little v. Chevrontexaco Global Technology Services Company”, disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Junio/0894-1609-2009-08-309.html>.

⁶⁰ Diario Oficial n° 15013, 07/10/1913.

⁶¹ Para 1976, Parra-Aranguren registraba poco más de 10 sentencias en las cuales se aplicó el Acuerdo Boliviano. Ver G. PARRA-ARANGUREN, “El acuerdo boliviano sobre ejecución de actos extranjeros (1911) a la luz de la jurisprudencia venezolana”, *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello*, n° 22, 1975/1976, pp. 9 ss., especialmente pp. 25-33. Este número disminuyó con la entrada en vigencia de la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de laudos y sentencias extranjeras, debido a que todos los Estados partes en el primero ratificaron la segunda.

⁶² Gaceta Oficial n° 17.698, 09/04/1932.

época de su aprobación, no son consideradas por la doctrina como principios de DIPr generalmente aceptados, en el sentido del artículo 1 de la ley⁶³.

La aplicación de los tratados se ha extendido incluso –afortunadamente en pocos casos– a Estados no parte⁶⁴. Mas también es justo reconocer que situaciones jurídicas vinculadas con Estados partes en algún tratado, se han resuelto conforme a la Ley de DIPr⁶⁵.

Ahora bien, respondiendo al carácter procesal de nuestra jurisprudencia, dentro de la codificación interamericana es quizá la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de sentencias, el instrumento más aplicado⁶⁶. Esta Convención ha sido incluso aplicada en

⁶³ C. MADRID MARTÍNEZ (nota 28), pp. 141 ss.

⁶⁴ “En el caso de autos se solicita que por el procedimiento de exequátur se declare la fuerza ejecutoria en la hoy República Bolivariana de Venezuela de una sentencia dictada por un Tribunal de Chile, país con el que Venezuela tiene tratados internacionales vigentes en esta materia, vale decir, la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, celebrada en la ciudad de Montevideo, Uruguay en 1979, cuya Ley Aprobatoria fue publicada en la Gaceta Oficial de la República n° 33.144 de 15 de enero de 1985, habiéndose efectuado el depósito del Instrumento de Ratificación el 28 de febrero del mismo año, ratificada por Chile, en virtud de lo cual debe esa Convención interamericana ser aplicada con preferencia en el presente juicio, de conformidad con lo establecido en el artículo anteriormente transcrito de la Ley de Derecho Internacional Privado”. Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sentencia de 4/05/2001, “*Antonio Traverso en exequátur*”, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/00795-080501-15573.HTM>

⁶⁵ Ocurrió con una sentencia de divorcio dictada por un tribunal argentino y examinada conforme a la Ley. Ve Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, de Protección del Niño y del Adolescente, Agrario y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sentencia de 12/11/2009, “*Ruth Picos Moncada de Baudino en exequátur*”, disponible en: <http://cfr.tsj.gob.ve/DECISIONES/2009/NOVIEMBRE/1323-12-2139.HTML>

⁶⁶ Además de las ya citadas, ver Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia de 11/12/2015, “*Miriam Margot Villavicencio Zambrano en exequátur*”, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/diciembre/183930-exe.000823-111215-2015-15-243.html>; Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia de 2/12/2013, “*Ana María Linares de Flores en exequátur*”, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/diciembre/159313-exe.000716-21213-2013-11-608.html>; Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia de 3/12/2013, “*Vilma Rosa Salas Escorcía en exequátur*”, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/diciembre/159330-exe.000725-31213-2013-12-140.html>; Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia de 17/09/2015, “*Pablo Korchaguin Hidalgo Lichtenstetern en exequátur*”, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/septiembre/181195-exe.000552-17915-2015-14-700.html>; Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia de 4/07/2013, “*Benilda Rosa Barros en exequátur*”, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/julio/exe.000389-4713-2013-11-754.html>; Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia del 1/03/2012, “*Jaime Pájaro Loret en exequátur*”, disponible en:

combinación con la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, con el objeto de rechazar al exhorto como vía para solicitar la inscripción de una sentencia de divorcio argentina, sin pasar por el procedimiento previo de reconocimiento⁶⁷.

Aunque no hemos tomado como parte de nuestros ejemplos de correspondencia entre el sistema interamericano y la Ley venezolana el tema de la jurisdicción, hemos de destacar un par de sentencias que han usado criterios de jurisdicción contenidos en convenciones interamericanas. En primer lugar, el artículo 8 de la Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas sirvió de fundamento para afirmar la jurisdicción de los tribunales venezolanos, debido a que el demandado se encontraba domiciliado en Venezuela⁶⁸. En sentido similar se utilizó la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores cuyo artículo 6 dispone la jurisdicción de los tribunales de la residencia habitual del menor antes de su traslado, la cual, se encontraba en Venezuela⁶⁹.

La única decisión que aplica la Convención interamericana sobre normas generales, lamentablemente lo hace muy mal. Se trata de una decisión de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 9 de agosto de 2008, en la cual se aplicó el artículo 7 de este instrumento, con el objeto de determinar el derecho aplicable a una relación laboral que se

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/marzo/exe.000131-1312-2012-11-576.html>; Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia de 17/05/2010, "*Leonardo Eiraldi Rodríguez y María Virginia Camou Morador en exequátur*", disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/mayo/EX.000162-17510-2010-09-454.HTML>; Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia de 4/04/2006, "*Roger de Jesús Vilaro Arrieta en exequátur*", disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/abril/exeq-00256-040406-05144.htm>

⁶⁷ "(...) la Sala estima que el tribunal argentino no actuó conforme a las normas de derecho internacional al ordenar, vía exhorto, la inscripción de una sentencia de divorcio dictada en Argentina en la República Bolivariana de Venezuela. Más aun considerando que en la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, de la cual son partes ambas Repúblicas, se señala en su artículo 6 que '(...) los procedimientos, incluso la competencia de los respectivos órganos judiciales, para asegurar la eficacia a las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones extranjeros serán regulados por la ley del Estado en que se solicita su cumplimiento.' (en cursiva de la Sala)". Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia de 19/03/2015, "*Lucia Bachelli y Lanfranco Sernesi*", disponible en:

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/marzo/175592-reg.000128-19315-2015-15-032.html>.

⁶⁸ Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia de 10/04/2003, "*Juan Luis Suárez c. Plácida Mejía*", disponible en:

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/abril/00586-220403-2003-0151.HTM>

⁶⁹ Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia de 13/12/2001, "*Daniel Porras Nucete, en regulación de competencia*", disponible en:

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/noviembre/R108-131101-01598.HTM>.

convino en Argentina y se ejecutó primero en Argentina, luego en Guatemala y finalmente en Venezuela. Decimos que lo hizo mal, pues utilizó este artículo como una norma de conflicto y no como una excepción al funcionamiento de la misma.

Así, al determinar la sala que las partes no eligieron el derecho aplicable al contrato de trabajo, tal como lo permitiría el artículo 29 de la Ley de DIPr “(...) se confirmó que la Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado, suscrita y ratificada por Venezuela, Argentina y Guatemala establece en su artículo 7° la posibilidad del reconocimiento de los derechos adquiridos por aplicación de otros ordenamientos jurídicos, siempre que no sean contrarios a los principios de su orden público”, por lo cual aplicó cada uno de estos derechos a la fracción de la relación laboral prestada en cada uno de esos territorios⁷⁰.

IV. Una nota final

Es cierto que la aplicación práctica de las Convenciones interamericanas podría ser más numerosa. Sin embargo, estimamos que el trabajo se ha hecho. En Venezuela, además, puede hablarse de un antes y un después para el derecho internacional privado, con la promulgación de una Ley especial que, desde su nacimiento hasta la actualidad, ha aumentado exponencialmente la presencia de nuestra disciplina, no solo en los tribunales, sino también a nivel de la doctrina y la investigación jurídica. Y esta promoción del derecho internacional privado ha alcanzado a los tratados internacionales y, en especial, a los provenientes del sistema interamericano.

No debemos dejar de mencionar otro elemento que también ha apuntalado el desarrollo del DIPr venezolano: la creación de la Maestría en

⁷⁰ Con este razonamiento, la Sala reconoció lo que ha sido su criterio reiterado: la Ley venezolana es de aplicación territorial para los servicios convenidos o prestados en Venezuela, de conformidad con el entonces vigente artículo 10 de la Ley Orgánica del Trabajo (Publicada en la Gaceta Oficial n° Extraordinario 5.152 de fecha 19/06/1997). De ello se deduce que si el trabajo ha sido convenido en Venezuela, el derecho venezolano se aplica a la vigencia completa del contrato laboral, aunque el servicio sea prestado fuera del territorio venezolano (Tal fue el criterio aceptado en: Tribunal Supremo de Justicia/Sala de Casación Social, Sentencia n° 377, 26/04/2004, “*Frederick Plata vs. General Motors Venezolana C.A.*”, disponible en:

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/Abril/377-260404-04047.htm>); y, si el trabajo ha sido prestado en Venezuela, el derecho venezolano es aplicado solo para el período laborado en Venezuela, cuando el servicio es convenido fuera del país (Tribunal Supremo de Justicia/Sala de Casación Social, Sentencia n° 223, 19/09/2001, “*Robert Cameron Reagor vs. Compañía Occidental de Hidrocarburos, Ins. o Compañía Occidental de Hidrocarburos OXY*”), disponible en:

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/Septiembre/c223-190901-01176.htm>).

DIPr y Comparado en la Universidad Central de Venezuela que, en 2024, celebró sus primeros veintisiete años de funcionamiento ininterrumpido.

Por ello, por su incansable esfuerzo para conseguir la promulgación de la primera ley especial sobre la materia en América –exclusividad que conservó hasta 2014– y por haber sido la voz de Venezuela ante las Conferencias Interamericanas Especializadas en Derecho Internacional Privado, entre otros muchos méritos, queremos dedicar estas líneas a nuestra Maestra Tatiana B. de Maekelt, a cuyo acostumbrado “ya tú sabes”, volvemos hoy a responder “¡Usted también!”.



Asociación Americana de
Derecho Internacional Privado
-ASADIP-

j