

# Vigencia de los tratados de Montevideo de 1889 y 1940 a la luz de las CIDIP I, II y III (\*)

Profesor RUBEN B. SANTOS BELANDRO

Asociación de escribanos del Uruguay

## I — *Etapa de los grandes códigos o sistemas de Derecho Internacional Privado*

### *Introducción*

1. A 100 años de la creación de los Tratados de Montevideo de 1889, estamos presenciando un nuevo fenómeno en materia de codificación internacional de las normas de Derecho Internacional Privado. En efecto, no cesa de aumentar en períodos que van de los cuatro a los cinco años el número de Convenciones regionales realizadas al amparo de las Conferencias Internacionales de Derecho Internacional Privado auspiciadas por la OEA. Esta situación es producto de un nuevo viraje en materia de método para encarar la regulación de las cuestiones que atañen al Derecho Internacional Privado en la región.

2. Como es sabido, existen tres grandes monumentos legislativos supranacionales en el área constituidos por: los Tratados de Montevideo de 1889, los homónimos de 1940 y el Código Bustamante de 1928. Esta situación de claro interés por codificar la regulación de las normas que atañen a las relaciones jurídicas extranacionales de carácter privado que

---

(\*) Jornadas argentino-uruguayas de Derecho Internacional Privado, 5 a 7 de octubre de 1988. Conmemoración de los 100 años de los Tratados de Montevideo de Derecho Internacional Privado de 1888-1988.

existía desde antiguo<sup>(1)</sup>, en lugar de promover una unificación de las reglas de Derecho Internacional Privado en América Latina, motivó una profunda escisión provocada en gran parte por la elección de determinados puntos de conexión en materia de estatuto personal. La ley domiciliaria acompañada de soluciones territorialistas en los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940<sup>(2)</sup> y el art. 7 del Código Bustamante<sup>(3)</sup>, el cual si bien no se inclina decididamente a favor del principio de la nacionalidad, impide una solución uniforme al conceder al Estado ratificante la libertad de adherirse al principio de la nacionalidad o al del domicilio. Este fue el máximo compromiso que pudieron asumir los Estados latinoamericanos en torno a una regulación común del estatuto personal.

3. Ello provocó una permanencia de situaciones que cristalizaron las posiciones de los Estados, y a pesar de varios intentos del Consejo Interamericano de Jurisconsultos (CIJ) y del Comité Jurídico Interamericano (CJI)<sup>(4)</sup> en la búsqueda de criterios comunes en torno a los tres cuerpos normativos y al Restatement of the laws of conflict of laws norteamericano, lo cierto es que debieron transcurrir 47 años<sup>(5)</sup> hasta que se pudiera destrancar la situación creada en relación con este problema.

4. La solución hallada fue la de rechazar un nuevo intento de Código omnicompreensivo que abarcara todas las materias que conforman el campo de nuestra especialidad al estilo de los anteriores<sup>(6)</sup>, lo que nuevamente

---

(1) Simón Bolívar influido por las ideas de Miranda convocó en 1826 a un Congreso anfictionico en Panamá que entre otros cometidos tenía la tarea de codificar las normas de Derecho Internacional Público, cometido considerado urgente debido al carácter de países independientes recientes. Este proceso sería seguido por la codificación de las normas de Derecho Internacional Privado.

(2) Ley del domicilio para la capacidad, art. 1, para las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges y a falta de convención respetando la *lex situs*, arts. 12, 41 a 43, *lex situs* para los bienes de los menores art. 15, para los bienes muebles o inmuebles, art. 26 y para las sucesiones, art. 44. La *lex loci celebrationis* para el matrimonio en fondo y forma, art. 11, filiación legítima y legitimación, arts. 11 a 16. Ley del domicilio conyugal y de celebración para el matrimonio, ley del ejercicio para la patria potestad y filiación ilegítima, arts. 14 a 18. *Lex loci executionis* para los contratos, art. 32.

(3) Art. 7. Cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio, las de la nacionalidad, o las que haya adoptado o adopte en adelante su legislación interior.

(4) Resolución VII de la 1ª reunión del CIJ celebrada en Rio de Janeiro en 1950. Resolución XII — Posibilidad de revisión del CB o Código de DIP, 2ª reunión en Buenos Aires 1953. Dos dictámenes del CIJ con la colaboración del Prof. Joaquín Calcedo Castilla. OEA Doc. oficiales OEA/Ser. I/VI. 2 CIJ — 13 y OEA/Ser. I/VI. 2.CIJ — 13(A). Estudio presentado en Rio de Janeiro en X/1953. CIJ 21 UP. Sria de la OEA. Washington — DC marzo 1954.

(5) Si se cuenta desde 1928, año de aprobación del CB, teniendo en cuenta que los Tratados de Montevideo de 1940 son una confirmación de los Tratados de Montevideo de 1889.

(6) OEA. Documentos. Ed. 1973.

provocaría situaciones de enfrentamiento, sino que por el contrario se debía proceder a una codificación gradual y progresiva por categorías determinadas o aún para determinados aspectos de ciertas categorías o de ciertos aspectos de la norma de conflicto.

5. La década de 1970 y la que hoy vivimos, marca el fin de la codificación omnicompreensiva y la pulverización de la regulación de las relaciones jurídicas privadas extranacionales en una constelación de Convenciones particulares. Como un acto reflejo, el profesional de derecho frente a un caso jusprivatista internacional podría pensar que el Uruguay por el solo hecho de ratificar estas nuevas Convenciones, quedaría desvinculado de los Tratados anteriormente ratificados respecto de las materias específicas de que tratan. La realidad, sin embargo, no resulta tan sencilla como pudiera parecer, y podríamos aventurarnos a sostener que en un gran número de Convenciones de la CIDIP, sucede todo lo contrario.

6. La prof. Villela hace referencia a la descodificación del Derecho Internacional Privado latinoamericano<sup>(7)</sup>. El vocablo puede aludir a la intención de rechazar Códigos omnicompreensivos como también a la voluntad de desistematizar. Como es sabido, los grandes Códigos nacionales aparecidos a fines del s. XVIII y a principios del s. XIX<sup>(8)</sup> tenían por cometido principal reglamentar toda una rama de derecho interno como medio de unificar el derecho y derogar las costumbres regionales. Esos complejos normativos tenían el doble carácter de ser Códigos omnicompreensivos y a la vez sistemas nacionales de derecho. Trasladando el punto en análisis, ¿la descodificación que estamos presenciando en materia de Derecho Internacional Privado conducirá a una desistematización de dichas normas? ¿O a pesar del rechazo de tal tipo de Códigos, puede producirse la formulación de nuevas normas como un sistema?

7. El surgimiento constante de nuevas Convenciones, presenta además la posibilidad de los conflictos de Convenciones cada vez con mayor fuerza. Antes de 1975, la situación no aparecía como sumamente preocupante. La escasez de normas supranacionales y el alineamiento de los Estados ratificantes, tras de uno u otro de los grandes Acuerdos supranacionales existentes en ese momento, no provocaban ningún tipo de conflicto.

La relación entre los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 se encontraba solucionada, dado que los Tratados de Derecho Civil Internacional (art. 66), de Derecho Comercial Terrestre Internacional (art. 55) y el de Navegación Comercial Internacional (art. 45) expresaban que:

“Hecho el canje en la forma del artículo anterior, este Tratado entrará en vigor desde ese acto, entre los Estados que hubie-

(7) VILLELA, Anna María. “L'unification du droit international privé en Amérique Latine.” *Rev. Crit.*, 1984, p. 245.

(8) Código Civil Bávaro de Maximiliano de 1756, Código Prusiano de 1794, y el Código Civil Francés o Código de Napoleón de 1804.

ren llenado dicha formalidad, por tiempo indefinido, quedando, por tanto, sin efecto el firmado en Montevideo el doce de febrero del año mil ochocientos ochenta y nueve."

Nada establecían los Tratados de Derecho Procesal Internacional y de Derecho Penal Internacional, donde se habría aplicado pacíficamente el principio "lex posterior derogat priori".

8. Tampoco podría haber conflicto de Convenciones entre los Tratados de Montevideo y el Código Bustamante, pues sólo dos Estados: Bolivia y Perú, habían ratificado los Tratados de 1889 y el Código Bustamante, y ambos se preocuparon por establecer la primacía de los primeros sobre el segundo. Bolivia lo manifestó al momento de ratificar el Código Bustamante donde el art. 1.º del instrumento de ratificación dice:

"Apruébase el Código de Derecho Internacional Privado "Bustamante", firmado en la Sexta Conferencia Internacional reunida en la Habana en 1928, con las reservas formuladas por la Delegación boliviana, respecto a los artículos que se hallen en desacuerdo con la legislación del país y los *Tratados Internacionales suscritos por Bolivia*" (ley del 20 de enero de 1932) (9).

La posición de Perú surgió de una decisión de la Corte Suprema de Perú en el "Caso González", del 7 de diciembre de 1935 (10).

## II — *Etapas de codificación gradual y progresiva* *Posibilidad de conflictos de Convenciones*

9. Este estado de ataraxia, esta etapa de falta de conflicto de Convenciones se vio sin embargo concluida con el surgimiento de las 18 Convenciones de la CIDIP I, II y III, dado que ninguna de ellas contiene una cláusula derogatoria de los monumentos o sistemas supranacionales anteriores (11). Como consecuencia de esta codificación gradual estamos presenciando un proceso inflacionario de las normas de Derecho Internacional Privado antes nunca visto, que a diferencia de la inflación económica, no es un privilegio reservado a los países americanos, dado que se encuentra en todas partes del mundo como un fenómeno de la civilización moderna. Además algunas Convenciones de la CIDIP alientan la celebra-

(9) Énfasis agregado por nosotros.

(10) Ver el caso en Calderón Manuel García "Derecho Internacional Privado". Lima. 1969, p. 23 y ss.

(11) Sólo existe una cláusula derogatoria, pero es entre CIDIPs. Nos referimos al art. 14 de la Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de cheques con referencia a la homónima de 1975 que dice así: "A medida que los Estados partes en la Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de cheques suscrita el 30 de enero de 1975 en la ciudad de Panamá, República de Panamá, ratifiquen la presente Convención o se adhieran a ella, cesarán para dichos Estados partes los efectos de la mencionada Convención de Panamá"

ción de Tratados bilaterales. La bilateralización de los Tratados multilaterales, como se ha denominado a este fenómeno, acrecienta la incoordinación<sup>(12)</sup>.

10. En el campo del Derecho Internacional Privado este exceso de normas — esta codificación por etapas que se presenta sin solución de continuidad — pueden provocar dos tipos de situaciones:

Por un lado, que el profesional de derecho ignore la existencia de las normas nuevas y en una situación de *vis inertiae* continúe aplicando las más antiguas porque le son las más familiares. Cuando el desconocimiento se plantea a nivel jurisdiccional, el problema se vuelve mucho más preocupante. En nuestro país tenemos el caso publicado en La Justicia Uruguaya No. 10.771 en el que frente a un juicio iniciado el 17/XI/1982, teniendo una cláusula arbitral que preveía un arbitraje bajo la ley inglesa, se desecha la validez de todo tipo de acuerdo arbitral basándose en el hecho de que nuestro país mantiene un sistema de conexiones preceptivas tanto en los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 como en las normas nacionales de Derecho Internacional Privado contenidas en la ley 10.084 (Apéndice del Código Civil). Esta declaración implicaba un claro desconocimiento del derecho positivo vigente, puesto que el Uruguay había ya ratificado la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional el 25/IV/1977 y la Convención de Nueva York había sido publicada el 24/XII/1981 en el *Diario Oficial*, un año antes de la iniciación del juicio. Ambas Convenciones reconocen, indudablemente, la validez de tales acuerdos.

11. Por otro lado, puede acontecer que los variados Tratados internacionales no ajusten adecuadamente sus textos, lo que plantea inmediatamente un conflicto de Convenciones<sup>(12a)</sup>. Podemos citar dos Convenciones de la CIDIP que, aún conteniendo una cláusula de compatibilidad, su convivencia no resulta satisfactoria. El art. 1.º de la convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros de 1979 establece que:

“Las normas de la presente Convención se aplicarán en lo relativo a laudos arbitrales en todo lo no previsto en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional suscrita en Panamá en enero de 1975.”

Pues bien, la Convención de Panamá de 1975 no tiene normas sobre los documentos a presentar junto con el pedido de *exequatur* de un laudo arbitral extranjero, por lo que el vencedor en un juicio arbitral tendría que recurrir a la precitada Convención de 1979 que impone en su art. 2.

(12) Convención sobre exhortos 1975, art. 14 (que se elevó a la práctica con Chile y Argentina) y Convención sobre medidas cautelares 1979, art. 17.

(12a) DUTOIT BERNARD y MAJOROS FERENC. “Le lacis des conflits de Convention en droit privé et leurs solutions possibles”. *Rev. Crit.* 1984, p. 365.

literal g, que se acompañe prueba de que el laudo tenga el carácter de ejecutoriado o en su caso fuerza de cosa juzgada en el Estado en que fue dictado. Esta exigencia contraría el espíritu de la Convención sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 que dispone únicamente que el laudo sea obligatorio entre las partes para que pueda tener eficacia extraterritorial.

12. Los Estados intervinientes en las CIDIP adoptaron sin embargo una solución para salir de los conflictos de Convenciones, constituida por las llamadas cláusulas de compatibilidad multilaterales.

Once Convenciones de la CIDIP presentan una cláusula de compatibilidad, y 7 de ellas de carácter general o como las denominamos nosotros: multilaterales, y que se encuentran redactadas de la siguiente forma:

“Esta Convención no restringirá las disposiciones de Convenciones que en materia de . . . . . hubieran sido suscritas o que se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes, o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieran observar en la materia”<sup>(13)</sup>.

13. Estas cláusulas — tanto las generales como las específicas<sup>(14)</sup> — se denominan cláusulas de compatibilidad permisivos porque permiten, *give way*, ceden el paso, a otras Convenciones. Sus disposiciones no prevalecen frente a las normas de otros Tratados. Son indudablemente imperativas, en cuanto obligan al juez a tenerlas en cuenta sólo en vía subsidiaria o como complemento de Tratados que regulen el mismo objeto. Como veremos mas adelante<sup>(15)</sup>, estas cláusulas tienen prevalencia frente a cualquier otra regla de conflicto de Convenciones, y están basadas en la autonomía de la voluntad de los Estados. Y en tal carácter son recogidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1978<sup>(16)</sup> en su art. 30.2.

(13) Cláusulas de compatibilidad generales o multilaterales: Normas Generales, art. 1, Poderes, art. 10, Exhortos y Cartas Rogatorias, art. 15, Recepción de Pruebas en el Extranjero, art. 14, Medidas cautelares, art. 18, Competencia en la Esfera Internacional, art. 8, Prueba e Información del Derecho Extranjero, art. 8, Sin embargo la de poderes agrega a la compatibilidad general “el Protocolo sobre uniformidad del Régimen legal de los Poderes o Protocolo de Washington de 1940”, y la de competencia en la Esfera Internacional “no restringe las disposiciones más amplias...”.

(14) Cláusulas de compatibilidad específicas o bilaterales: la de Cheques 1975 respecto de la de Letras de Cambio 1975 (art. 1º), la de Eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros 1979, con la de Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (art. 1), el Protocolo Adicional sobre exhortos 1979 con la Convención sobre exhortos 1975 (arts. 1 y 8), el Protocolo Adicional sobre recepción de pruebas en el extranjero 1984 con la Convención sobre recepción de pruebas en el extranjero 1975 (arts. 17 y 18).

(15) Ver par. 23 y ss.

(16) Ley 15.195 publicada en el Registro Nacional de Leyes, Decretos, etc. de 1981, p. 1414.

14. Como se ha expresado existen dois tipos de cláusulas permisivas: las multilaterales y las bilaterales. Las primeras estarían constituídas por la reproducida precedentemente: ceden el paso a cualquier Convención con el mismo objeto.

Las segundas estarían constituídas por ej. por la prenombrada cláusula contenida en el art. 1o. *in fine* de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979, la cual "cede el paso" a la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 "en todo lo no previsto". Igual circunstancia acaeece con el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero de 1984 que "se interpretarán de manera que se complementen".

15. Estas cláusulas son multilaterales o bilaterales en cuanto a su vinculación con otros textos supranacionales, pero en cuanto a su funcionamiento son siempre unilaterales. Su subsidiariedad impone siempre dar preeminencia al texto ajeno y no al propio.

16. Ahora bien, analizando su contenido ellas nunca se presentan completamente iguales, sino que su variedad es muy grande en cuanto a su redacción y alcances.

Las cláusulas de compatibilidad generales, como hemos visto, imponen dar preeminencia tanto a las normas convencionales pasadas como a las futuras. La paternidad de estas cláusulas corresponde a las delegaciones del Río de la Plata. Podemos citar al respecto las palabras del Relator de la Comisión II referente al Proyecto de Convención Interamericana sobre exhortos y Cartas Rogatorias, Dr. Edison González Lapeyre, quien afirmaba que el art. 15 del citado Proyecto

"se trata de una norma introducida en el Grupo de Trabajo a iniciativa de los países vinculados a los Tratados de Montevideo" (17).

17. El delegado de Uruguay Dr. González Lapeyre manifestaba en seno de la Comisión I al estudiarse el Proyecto sobre letras de cambio que

"La inclusión de este artículo está referida a que el Uruguay desea *que quede perfectamente establecido* en esta Convención que ella de ningún modo puede restringir el alcance de las Convenciones de Montevideo de 1889 y de 1940, y que solamente en atención al espíritu de conciliación de las distintas tendencias, declinó su propósito de incluir una fórmula similar a la del art. 30 del Tratado de Derecho Comercial de 1959-40, pero *ese hecho*

---

(17) OEA/SerK/XXI. 1. CIDIP 35 Corr. 125 enero 1975, p. 310.

*de ninguna manera puede tener carácter derogatorio de dicha norma" (18).*

El delegado de Argentina Dr. Naveiro de la Serna acompaña la afirmación de la delegación uruguaya manifestando que

*"Como bien lo ha señalado el delegado del Uruguay, sería sumamente interesante una disposición similar a la del art. 10 del proyecto de Convención sobre Derecho Procesal que establezca que la Convención no restringe las disposiciones que en materia de letras de cambio, pagarés y cheques hayan sido suscritas en forma bilateral o multilateral por los Estados ratificantes. Esto permitirá a los Estados que han ratificado el Tratado de Montevideo mantener esa norma" (19).*

El delegado de Brasil solicitó una explicación de esta norma, y correspondió al delegado de Uruguay aclarar que:

*"... una disposición similar se aprobó en el proyecto de Convención en materia de cartas rogatorias, art. 15, y respondió a la preocupación no solo de su delegación sino que la República Dominicana había efectuado similar planteamiento, respecto a amparar a los Estados frente a la existencia de otras Convenciones Internacionales. Señala que el Uruguay conjuntamente con los demás países vinculados por el Tratado de Derecho Comercial Terrestre de Montevideo de 1939-1940 y de acuerdo con este artículo, el Tratado de Montevideo sigue manteniendo su vigencia en aquellas disposiciones que no se pudieran recoger en esta Convención. Se trata de una norma de garantía para aquellos Estados que tienen Convenciones más amplias que las que se aprueban en este momento" (20).*

Por último el Relator en la Convención sobre exhortos ya citada manifestó que el

*"el art. 15 tiene por finalidad el evitar que las disposiciones de esta Convención puedan en alguna medida restringir las que en la materia, hayan sido suscritas o que se suscriban en el futuro por las Partes o las prácticas más favorables que las mismas pudieran observar al respecto" (21).*

(18) Acta resumida de la 4ª sesión de la Comisión I. del 20/I/1975. OEA/SerK/XXI, 1, CIDIP/31. Corr. 1, 21 enero 1975, p. 53. El énfasis agregado es nuestro, así como el de las citas subsecuentes.

(19) *Ibid.* p. 64.

(20) Acta resumida de la 8ª sesión de la Comisión II del 24/I/1975. OEA/SerK/XXI, 1, CIDIP/45. Corr. 1, 28 enero 1975, p. 159.

(21) Ver cita n° 17.



18. Las cláusulas de compatibilidad deben redactarse según las intenciones de los Estados contratantes. Puede establecerse la preeminencia del Tratado anterior y/o de los posteriores, aunque en realidad en este último caso el conflicto de Convenciones será resuelto por el Tratado posterior. O en forma más restringida, puede referirse a los Tratados más favorables o a los más específicos. En el caso de las cláusulas de compatibilidad generales establecidas en la CIDIP, éstas hacen referencia a los Tratados anteriores o posteriores ("que hubieren sido suscritas o se suscribieren en futuro...") y de Tratados tanto bilaterales como multilaterales ("en forma bilateral o multilateral...") suscritas por los Estados Partes, y no necesariamente restringidos al área americana.

Por último, la cláusula establece "o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieran observar en la materia". La implantación de la conjunción disyuntiva "o" hace pensar que deberá recurrirse en primer lugar al derecho positivo existente o a devenir y sólo en el caso de no existir o ser incompleto deberá recurrirse no a cualquier práctica aceptada, sino "a las prácticas más favorables"<sup>(22)</sup>. En consecuencia el orden de prelación sería el siguiente: 1o. Tratados anteriores o posteriores, 2o. Prácticas más favorables y 3o. Convenciones de las CIDIPs con cláusula de compatibilidad general.

19. ¿Las dos remisiones efectuadas en las cláusulas de compatibilidad — Tratados y prácticas más favorables — tienen semejanzas? Con esta pregunta queremos indagar lo siguiente: las cláusulas de compatibilidad *sub examine* se refieren expresamente a las prácticas "más favorables"; los Tratados que prevalecen frente a las CIDIPs que contienen estas cláusulas, se encontrarían también admitidos como norma principal en el único caso de que contengan el criterio de la *lex favorabilior*?

Nos encontramos en la duda de suscribir una afirmación de tal naturaleza. Las palabras del delegado de Uruguay reproducidas supra, establecían que "que quede perfectamente establecido en esta Convención que ella de ningún modo *puede restringir* el alcance de las Convenciones de Montevideo de 1889 y de 1940..."; "*de ninguna manera puede tener carácter derogatorio de dicha norma...*". "El Tratado de Montevideo *sigue manteniendo su vigencia en aquellas disposiciones que no se pueden recoger en esta Convención*. Se trata de una norma de garantía para aquellos Estados que tienen Convenciones bilaterales o multilaterales *más amplias* de las que se aprueban en este momento." Y en otro pasaje "se trata de *evitar que las disposiciones de esta Convención puedan en alguna medida restringir* las que en la materia hayan sido suscritas o que se suscribieren en el futuro por las Partes".

20. La referencia a normas más amplias puede entenderse a normas más generales o a normas más completas en su regulación de la categoría

(22) El carácter de "más favorable" sólo puede ser determinado en cada caso concreto.

de que se trate. En el primero caso, la cláusula parecería como superabundante, ya que habría que admitir la prevalencia de la Convención de la CIDIP más específica, siempre que no subvierta el principio general contenido en un Tratado anterior o posterior. Se aceptaría si se trata de un desarrollo de un principio general.

En el segundo caso, si la regulación del Tratado anterior o posterior es más completa, las expresiones del delegado de Uruguay dan la impresión de que no resultarían derogadas por la existencia de una norma más favorable en la CIDIP. Estas cláusulas de garantía, como las denomina dicho delegado, estarían colocadas para impedir la derogación de los Tratados de Montevideo por una norma de la CIDIP, *salvo en la medida en que fueren recogidas por ésta* <sup>(23)</sup>. "El Tratado de Montevideo sigue manteniendo su vigencia en aquellas disposiciones que no se pudieron recoger en esta Convención" <sup>(24)</sup>.

21. Esta constatación permite llegar a una conclusión sorprendente: la tarea durante muchísimos años en el seno de la OEA fue la de tratar de aunar esfuerzos para *lograr un texto uniforme y común a toda América* (latina y sajona). Como tal obra ciclópea era imposible de realizar por las grandes diferencias de los sistemas jurídicos existentes, se optó por una codificación gradual, fragmentaria y progresiva. El lector de las resoluciones de la OEA podría seguir pensando que aún cuando se consideró imposible la redacción de un Código omnicompreensivo, la idea de una reglamentación fragmentaria de las normas de Derecho Internacional Privado, no excluía el "elan" de una nueva sistemática común que suplantara para cada categoría las normas supranacionales anteriores, de forma de recoger el progreso que ha experimentado el derecho en estos últimos 48 años.

22. Sin embargo, aún cuando las resoluciones de la OEA puedan consignar ese deseo, las normas aprobadas en 7 Convenciones indican algo muy distinto: al no derogar los Tratados anteriores aunque fueran más exigentes — con la única excepción de estuvieran recogidas sus normas en las de las propias CIDIP — nos permite afirmar que los tres grandes sistemas jurídicos de Derecho Internacional Privado supranacional (Tratados de Montevideo de 1889, de 1940 y Código Bustamante), permanecen vigentes. Y que estas 7 Convenciones estudiadas funcionarán como un sistema complementario, subsidiario, como un sub-sistema en suma, de los monumentos anteriores. Los elementos que contiene una cláusula de compatibilidad, buscan en definitiva asegurar la máxima eficacia de los Tratados anteriores, propender el más alto grado de realización de sus objetivos.

23. Puede suceder que entren en conflicto dos Convenciones conteniendo esta cláusula de compatibilidad permisiva. ¿En ese caso, cuál debe

---

(23) La observación tendría que hacerse extensiva al Código Bustamante en igual situación.

(24) Ver cita nº 20.

prevalecer frente a la otra? No podemos utilizar el criterio de la *lex posterior* puesto que éste ha sido excluído a texto expreso. En consecuencia, debemos utilizar los otros dos grandes criterios manejados en caso de conflicto de Convenciones: el de la materia especial o el de la norma más favorable, sin poder dar una solución de carácter general, ya que la opción por uno u otro dependerá de cada caso concreto.

El criterio de la máxima eficacia o de la *lex favorabilior* — principio general que encubre el de la *lex validitatis* y el del favor o *favor negotii* en el ámbito comercial — busca establecer el más alto grado de los objetivos de las Convenciones. No está establecido a texto expreso como solución de conflicto de Convenciones. La Convención sobre Adopción Internacional lo adopta, pero solo como una solución para los conflictos entre la propia Convención y las leyes aplicables<sup>(25)</sup>.

MAJOROS<sup>(26)</sup> expresa que este principio se aplica preferentemente en materias dotadas de un alto grado de tecnicidad, o en el derecho de familia o en el derecho mercantil y se funda en ideas humanitarias y de protección al más débil.

El criterio de la materia especial<sup>(27)</sup> se aplicará a los casos de regulación de la responsabilidad delictual o cuasi delictual. En estos casos existe una complejidad de intereses divergentes y de situaciones que hacen necesario regulaciones convencionales equilibradas donde no es posible encontrar al menos directamente los intereses protegidos por la reglamentación. Si bien se aplica a una diversidad y complejidad de temas, es mucho más simples y más técnico. Cuanto más precisa sea la norma, mayor jerarquía tendrá.

### III — Convenciones de la CIDIP sin cláusula de compatibilidad

24. ¿Qué situación se nos presenta frente a las Convenciones que carecen de una cláusula de compatibilidad?

Estas serían 9: la de letras de Cambio, Arbitraje, Cheques 1975, Domicilio, Sociedades Comerciales, Personas jurídicas, Adopción, Cheques 1979, y Eficacia Extraterritorial de Sentencias<sup>(28)</sup>. Excluimos expresamente

---

(25) "Art. 19. 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."

(26) MAJOROS FERENC, "Les Conventions internationales en matière de droit privé. Abrégé théorique et traité pratique". I, p. 253. En materia procesal se aplicaría a las legalizaciones, notificaciones, obtención de pruebas etc. En materia de derecho de familia: en alimentos, menores, unión conyugal, adopción, intercambio de información etc. En materia de derecho mercantil: reconocimiento de sociedades etc.

(27) Ibid. p. 343.

(28) En la enumeración incluimos las que contienen cláusulas de compatibilidad bilaterales, porque su situación es la misma frente a los Tratados anteriores.

de esta enumeración los Protocolos Adicionales que por su naturaleza funcionan únicamente para los que ratifiquen las Convenciones sobre Exhortos y Recepción de Pruebas.

25. ¿Cuál sería la sede de la materia? ¿Cuál es la norma que nos solucionará un posible conflicto de Convenciones entre los Tratados que no tengan una cláusula de compatibilidad, o que teniéndola su redacción sea tan confusa que la torne inaplicable?

Dentro del ámbito interamericano no encontramos una solución positiva de índole supranacional. El art. 9 de la Convención sobre Normas Generales de 1979 tiene una respuesta para el caso de desarmonía o de conflicto entre diversas leyes aplicables a una misma relación jurídica e intenta examinar la finalidad perseguida por las leyes. Con ello se busca sin duda — más que plegarse a la corriente angloamericana de los intereses o finalidades estatales defendida por CURRIE (29), que es una teoría que nació fuera y para combatir el sistema de conflicto — lograr soluciones sanas pero dentro del sistema conflictivo (30). Buscando en definitiva, una adaptación de las normas sustantivas en base a la idea de justicia o equidad, formulada por ALDRICUS hace ya muchos siglos (31). Pero esta norma no nos da una respuesta al conflicto de Convenciones.

26. La norma que es sede de la materia estaría constituida por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1978. En ella, el artículo 30 plantea el principio de la *lex posterior* como subsidiario de una regulación expresa por los Estados Partes acerca de Tratados en conflicto. Esta primacía de la libertad de los Estados en la materia, se explica porque está basada en la autonomía de la voluntad de los Estados soberanos. En consecuencia, se abandona la regulación conflictual entre Tratados a la voluntad de los codificadores. Si hay una cláusula de compatibilidad, ésta prevalece frente al criterio de la *lex posterior*. Ergo: a falta de cláusula de compatibilidad juega la regla *lex posterior*.

El art. 30 al respecto expresa que:

"2. Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado

(29) CURRIE BRAINERD. "Selected Essays on the conflict of laws". Durham North Carolina Duke University Press, 1963.

(30) MIAJA DE LA MUELA ADOLFO. "Soluciones "sanas" a los conflictos de leyes: "favor negotii" y respecto de los derechos adquiridos". REDI, p. 17.

(31) ALDRICUS sostenía en el s. XII que el juez debía dar preferencia entre las leyes en conflicto a la más poderosa y la más útil o elegir la que parezca la mejor: "respondeo eam quae potior et utilior videtur, debet enim indicare, secundum quod melius ei visum fuerit. Secundum Aldricum". Cf. Gutzwiller Max. "Le développement historique du droit international privé". *Recueil*, 1929, IV, 29, p. 301.

incompatible con ese otro tratado, prevalecerán las disposiciones de este último.

“5. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior” (32) (32a).

De acuerdo a lo expuesto resta concluir que en aquellas Convenciones que carecen de una cláusula de compatibilidad como la reseñada supra, se aplicará el principio *lex posterior derogat priori*, quedando subsistentes únicamente aquellas normas del Tratado anterior que sean compatibles con el Tratado posterior.

#### IV — *Las Convenciones sin cláusula de compatibilidad llegan a conformar un sistema autónomo?*

27. Al comienzo de nuestro análisis habíamos formulado una interrogante a la cual no le dimos respuesta (33): ¿Este proceso de descodificación puede llevar a la formulación de un sistema común a todos los países del hemisferio? ¿Y puede llegar a ser un sistema autónomo de cualquier otro preexistente?

Para dar una respuesta no deberíamos apegarnos a una concepción clásica del concepto de sistema, sino más bien utilizar para nuestro estudio la idea de un sistema abierto, que sin perder ninguna de las ventajas que proporciona la ordenación sistemática, sea capaz de acoger en su seno nuevas normas y de modificarse continuamente. Rechazamos, en consecuencia, una concepción puramente formal del mismo (34).

Pueden, en consecuencia, esas 9 Convenciones que no tienen una cláusula de compatibilidad dejar de ser una mezcla de categorías y

---

(32) Ver el resto del artículo y el art. 59 que es el desarrollo del principio de la *lex posterior*.

(32a) Ver De la GUARDIA Ernesto. “Significado de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, observancia, aplicación, interpretación y modificación de los Tratados”. 4º Curso de Derecho Internacional. Río, 1977, pp. 193 y ss.

(33) Ver par. 6.

(34) Actualmente se han dado todas las definiciones y enfoques posibles del término sistema, lo que provoca la duda de que se esté hablando de lo mismo. Ver COMBACAU JEAN. “Le droit international: bric-à-brac ou système?” p. 85. GRZEGORCZYK CHRISOPHE. “Évaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit”, p. 281 y SEVE RENÉ. “Introduction”, p. 1, en “Le Système Juridique”. APHD, 1986, T. 31.

llegar a conformar un sistema interamericano autónomo? Por cierto, no por sí mismas. Sus contenidos son muy heterogéneos para que pueda hilvanarse una cierta unidad, base de todo sistema.

28. Pero, aquellas 7 Convenciones con cláusulas de compatibilidad podrían contribuir a la conformación de un todo sistemático. Así como se las puede considerar a las mismas como un estrato de normas o subsistema del Código de Bustamante y de los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, también pueden serlo de cualquier otro grupo de Convenciones.

29. A nuestro modo de ver, para que pueda constituirse un nuevo sistema autónomo a nivel regional, se necesitarían tres requisitos: en primer lugar, que se recogan los principios generales de la materia, piedra angular que proporciona unidad a todo Derecho Internacional Privado. Esa tarea ya ha sido cumplida con la aprobación de la Convención Interamericana sobre normas generales de 1979.

En segundo lugar, que se intente la creación de una Convención específica que resuelva los conflictos de Convenciones entre las CIDIP pasadas y futuras. La Convención de Viena sobre derecho de los Tratados tiene sus normas al respecto (art. 30), pero no es enfocado con la suficiente profundidad como para atender el oleaje siempre creciente de las Convenciones interamericanas. Una Convención de este tipo hará que el todo sistemático tenga la coherencia necesaria.

Y en tercer lugar, debe haber una búsqueda de la *ratio* de la codificación. Que exista detrás de todo el producto sistemático un fundamento filosófico determinado. El nos indicará de donde venimos y nos dirá adonde vamos en materia de codificación interamericana y sobre todo la determinación de los valores que se pretenden proteger y regular. De los tres, parece ser éste el más importante, pues debemos ir a la búsqueda de un sistema dinámico y teleológicamente orientado<sup>(35)</sup>. Partir de la base de un sistema de derecho siempre abierto e incompleto. Como expresa GRZEGORCZYK, "la plenitud es una propiedad de los sistemas muy pobres"<sup>(36)</sup>.

30. ¿Puede lograrse un fundamento filosófico que recubra toda la labor de la CIDIP? Parecería algo imposible dada su calidad de codificación de tracto sucesivo, con países participantes distintos en cada Conferencia, con Gobiernos que los representan también cambiantes política y filosóficamente, con especialistas de la materia también diferentes en cada período, y sobretodo con condicionantes económicas regionales también profundamente cambiantes no sólo en períodos quinquenales sino en más breves plazos. ¿Cómo obtenerlo a pesar de todos estos obstáculos inevitables?

(35) Ver Grzegorzczk op. cit. p. 292.

(36) Ibid. p. 293.

Esta situación sólo puede superarse pensando en que la regulación de las normas de Derecho Internacional Privado sólo pueden tener su centro en el individuo, en el sujeto de derecho y en el reconocimiento de su legítima libertad de trascender los límites territoriales reconociéndoles el normal tránsito de sus actos jurídicos a través de las fronteras nacionales. En el reconocimiento de la autonomía de la voluntad con los **límites del orden público internacional**. Justicia, seguridad y dignidad de la persona humana.

51. Se nos podría argumentar que esa tarea ya fue emprendida por los Tratados de Montevideo, y no podríamos rebatirlo totalmente, porque todo sistema de Derecho Internacional Privado tiene por centro el individuo. Pero los Tratados de Montevideo sustituyeron la regulación de los intereses por los propios sujetos, por una regulación *a priori* basada en la idea de una justicia formal y abstracta, denominada comunemente la justicia propia del Derecho Internacional Privado. Si se debe aplicar un derecho extranjero éste sólo será el elegido por los Estados contratantes, no el elegido por los particulares. Los sujetos privados sólo podrán ver atendidos sus derechos y exigidas sus obligaciones en la medida en que se plegaren a la regulación estatal de índole preceptiva. Sin duda, ésta era una regulación necesaria en dicho momento en que se requería el afianzamiento de las instituciones, la protección a la soberanía de los nuevos Estados independientes y la defensa de estos jóvenes países que se veían ahogados por una masa de inmigrantes que querían poblar este Continente vacío (33a).

52. Sin embargo, hoy la realidad es bien distinta. Seguir sosteniendo que la única codificación posible es la del sistema arborescente constituido por un tronco conformado por los Tratados de Montevideo e el Código de Bustamante y con ramas cada vez más extensas y pobladas constituidas por las CIDIP, permitiría que la copa de ambos árboles se tocaran, pero no que se pudieran fundir en un todo sistemático. Sería, en suma, llevar las cosas a una aporía, a un callejón sin salida que negaría los esfuerzos interamericanos de tantas décadas de búsqueda de un nuevo sistema regional común. Plantearía la imposibilidad de suplantar valores perimidos y la promoción de nuevos valores.

53. Se nos podría argumentar que ninguna de las Convenciones de la CIDIP colide con los Tratados de Montevideo. A poco que se observe, se apreciará que ello no es así. Baste un ej. La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 es incompatible con los Tratados de Montevideo que imponen un régimen de conexiones preceptivas. Acá no puede haber ninguna consustanciación, es el corazón mismo de los Tratados de Montevideo, son sus valores los que resultan heridos. Significaría en suma una visión reductora del Derecho Internacional Privado

---

(33a) Se trata en el Derecho Internacional Privado a una rama del derecho encargada de resolver un conflicto de soberanías, algo semejante a un *jus inter gentium leges*.

el considerar que la función de las CIDIP es el de ser subsistemas. Sería, por último, negar las enseñanzas de SAVIGNY que veía en la comunidad de derecho, en la comunidad jurídica de las naciones, no algo realizado, sino algo dinámico, progresivo, siempre en crecimiento <sup>(37)</sup>.

34. Es por este cúmulo de razones que pensamos que las futuras Convenciones no puedan seguir conteniendo una cláusula de compatibilidad general como la que hemos estudiado supra. De hacerlos, caeríamos en el riesgo de no poder conformar nunca más un sistema autónomo. Estas cláusulas de compatibilidad tendrían que ser modificadas de la siguiente forma:

“Esta Convención no restringirá las disposiciones de Convenciones de la CIDIP que en materia de... hubieran sido suscritas o que se suscribieren en el futuro, o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieran observar en la materia.”

De esta manera, dentro del sistema de la CIDIP no habrá Tratados anteriores ni posteriores, sino que sólo valdrán como criterios: el de la máxima eficacia, de la ley más favorable <sup>(37a)</sup>, de la validez del acto, del favor o del *favor negotii* por un lado, y el criterio de la ley especial por el otro. Y los Tratados anteriores a la CIDIP sobre puntos incompatibles irán perdiendo su calidad de derecho positivo.

35. La historia aparentemente se repite: la última palabra la dará el estatuto personal y el derecho comercial. Estando totalmente regulado el campo procesal, queda ahora la reglamentación de parte del campo comercial y sobretodo de todo el estatuto personal cuidadosamente eludido en 1975, 1979 y 1984. La regulación de este estatuto significará un nuevo reto hacia la posibilidad de un nuevo sistema de Derecho Internacional Privado Interamericano común a todos los países del continente y autónomo de cualquier otro sistema.

A pesar de todos esos inconvenientes no debemos dejar de recordar las palabras de PILLET, quien en 1896 expresaba que: “El Derecho Internacional Privado es una ciencia imperfecta y a la cual no le podemos exigir la seguridad y la precisión que se podría atender en la aplicación de una legislación común a todos los pueblos. Debe limitarse a cumplir su oficio lo menos mal posible, y es ya de su parte una pretensión bien suficiente <sup>(38)</sup>.”

---

(37) SAVIGNY M. F. C. “Traité de Droit Romain”. Seconde édition. Tome huitieme. Paris, 1880, pp. 29, 30 y 40.

(37a) El criterio del *favor validitatis* ha sido recogido en el art. 1 de la Convención sobre letras de cambio de 1975, la de cheques de 1979 en su art. 1, y en la de adopción de 1984 art. 19. La finalidad de la ley es analizada en el art. 9 de la Convención sobre Normas Generales. Aunque no, para los temas en estudio.

(38) PILLET A. “Le Droit International Privé. Essai d'un système général de solution des conflits de lois”. *Journal*, 1896, p. 30.