

Alfonsín - cincuenta años después

Didier OPERTTI BADÁN*

Sumario: I. Palabras Preliminares. II. Una Información Necesaria: La Obra De Alfonsín. III. Los Temas Elegidos - Criterio Seguido. 1. El Nombre De La Disciplina – “Derecho Privado Internacional”. 2. La Concepción Privatista Contemporánea – Algunos De Sus Efectos. 3. Anotaciones Sobre El Reenvío - Algunas Notas Sobre Su Evolución A Partir De Alfonsín. 4. El Derecho De Los Comerciantes (*Lex Mercatoria* En Alfonsín). 5. La Autonomía De La Voluntad En El Derecho Internacional De Los Contratos – La Evolución Nacional Luego De Alfonsín. 6. El Orden Público Internacional – Un Legado De Alfonsín. IV. Palabras Finales

I. Palabras preliminares

Nuestra decisión de homenajear a Quintín ALFONSÍN, el gran Maestro del Derecho Internacional Privado del Uruguay, con lleva forzosamente el compromiso de abordar su personalidad y su obra. En cuanto a la primera, sería presuntuoso de mi parte intentarlo, pues mi conocimiento de ALFONSÍN fue el de un alumno atento en su Curso, en los años 1958 y 59, y el de un joven aspirante en su Cátedra en 1960 y 1961, año éste de la trágica muerte del Maestro junto a su esposa Célica QUEIROLO, en un accidente aéreo en Aeroparque, Buenos Aires, a su regreso de una serie de conferencias sobre temas de su materia en provincias del litoral argentino en la que habría de ser su última actividad académica.

Unas cuantas instantáneas y pequeñas anécdotas personales ilustrarían un conocimiento acotado en el tiempo, generado en el marco de una relación asimétrica de edad y cultura jurídica, siempre muy seria, que podría inducirme, sin proponérmelo, a entrar en una faz un tanto epidérmica y descriptiva, por ende impropia de la profundidad de este formal reconocimiento, al cumplirse casi medio siglo de su muerte

* Catedrático de Derecho Internacional Privado. Consultor Internacional. Presidente Honorario de la ASADIP. Miembro actual del Consejo de Unidroit. Ex Ministro del Interior de Uruguay. Ex Ministro de Relaciones Exteriores de Uruguay. Ex Secretario General de ALADI.

y cuando a más de sesenta años de sus principales trabajos la doctrina jusprivatista le sigue identificando como el gran creador y referente obligado del Derecho Internacional Privado del Uruguay.

Sin embargo, no podría sustraerme al imperativo testimonial y ético de reconocer en ALFONSÍN las condiciones humanas de un caballero tan ordenado en sus maneras como en su pensamiento, de un profesor a cabalidad dispuesto a compartir lo más profundo de su pensamiento jurídico con el reducido número de alumnos – se vivían otros tiempos en nuestra Facultad -, que asistíamos a un curso de una materia del último año, vista como algo “ajena al común” (se ha llegado mucho más tarde a mentar “la aristocracia elitista” del Derecho Internacional Privado, concepto aplicable por extensión a sus cultores) y por ello más difícil de entender. ALFONSÍN, lejos de corroborar ese preconceito lo despejaba a través de sus clases, de un rigor técnico único e incomparable y, por cierto, de seriedad, coherencia y cercanía, desde una actitud respetuosa siempre del pensamiento de los demás. Nuestros frecuentes encuentros en la Biblioteca de la Facultad en épocas de estudiante primero y más tarde como joven aspirante a Profesor, así como mesas de examen que a su pedido integrábamos, aumentaron la admiración y el respeto hacia ALFONSÍN, en el fondo un hombre tímido y de oportunos silencios, de trato bondadoso, en el que la distancia intelectual con el interlocutor se acortaba por causa de una bonhomía y sentido del humor; este último utilizado siempre de modo inteligente y fino.

Naturalmente, como ha sucedido casi siempre en la historia de nuestros universitarios, ALFONSÍN era no solamente Profesor de Derecho Internacional Privado sino que a ello sumaba otra actividad, su labor de Asesor Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores, cargo que desempeñó con brillantez, dejando en esa casa huellas imperecederas a través de sus dictámenes y múltiples estudios así como por su participación como delegado del Uruguay en múltiples conferencias internacionales particularmente en el ámbito de Naciones Unidas. Sus documentos-de los que cito entre muchos su dictamen sobre Refugio y Asilo que se convirtiera luego en instrucciones del Servicio Exterior - siguen teniendo el rigor y vigencia conceptual propios de la valía de su autor.

Empero no se trata aquí de esbozar una biografía de ALFONSÍN, ni mucho menos; sólo se trata de identificar su personalidad como una base indispensable para entender mejor el pensamiento del Maestro, pues no existe en su caso brecha alguna entre el ser, el pensar y el hacer. ALFONSÍN enseñaba y escribía como lo hizo porque en ello se expresaba a sí mismo en la búsqueda de necesarios balances de criterios siempre respetuoso de un pensamiento lógico que cultivara incluso en la enseñanza activa de la materia correspondiente a nivel pre-universitario.

El recato y la seriedad de su obra han sido y son la mejor expresión de esa personalidad que nos dejara tempranamente y que no obstante ello registra un volumen de obras de una vigencia y proyección a estas alturas sensiblemente mayores que la de su edad terrenal.

En cuanto a la obra de ALFONSÍN basta con repasar la extensa y variada nómina de sus publicaciones para concluir sin esfuerzo que un estudio completo de actualización de su pensamiento jurídico demandaría una extensión bastante mayor que la de esta ponencia. Por este motivo nos vemos forzados a seleccionar algunos temas que abordaremos de modo sintético dedicándole a aquéllos en los que el debate doctrinario ha sido más intenso una mayor extensión. Entre estos últimos, a uno en particular,- la autonomía de la voluntad en materia de contratos internacionales -, por entender que ha sido esta cuestión una de aquellas en que se ha producido una marcada evolución doctrinaria tanto a nivel nacional como internacional que viene revisando en profundidad el pensamiento de ALFONSÍN al punto de hallarse a estudio del Parlamento del Uruguay un Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado que consagra una solución autonomista opuesta al pensamiento de ALFONSÍN.

Este póstumo no podría desconocer por sus méritos y la oportunidad de su publicación en el año mismo de la desaparición del Maestro, el exhaustivo trabajo de la Profesora de Derecho Internacional Privado-recientemente fallecida-, Escribana Doelia TERRA CORBO DE DE LEON titulado "El Pensamiento Jurídico del Profesor Dr. Quintín ALFONSÍN, en Derecho Internacional Privado"¹ al cual nos remitimos por la fidelidad de su relación, siempre ajustada y prolija, a lo que la autora suma al mérito

¹ En *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Uruguay*, año XII, julio-diciembre 1961, Nos 3-4, pp. 535-625, como homenaje a la memoria del Prof. Quintín Alfonsín y de su esposa Célca Queirolo de Alfonsín

de haber sido respetada colega y contemporánea de ALFONSÍN desde la cátedra de Derecho Internacional Privado para el Curso de Notariado. Todo aquel que desee obtener en apenas cien páginas, una muestra del pensamiento jurídico de ALFONSÍN, la encontrará en este estudio de la Profesora TERRA CORBO, a la que tributamos aquí respetuosa memoria y reconocimiento.

Tampoco podría quedar fuera de esta introducción el nombre del Profesor Manuel Adolfo VIEIRA, Profesor de Derecho Internacional Privado y también de Derecho Internacional Público- conforme al modelo de enseñanza de su tiempo en Europa-, contemporáneo, colega y amigo personal de ALFONSÍN y de todos los que fuimos sus ayudantes y compañeros de cátedra luego de la muerte del Maestro. Al Profesor VIEIRA mucho le debemos la gran mayoría de los especialistas presentes aquí y también quienes no están, como el Profesor Marcelo SOLARI que tan tempranamente nos dejara. El Profesor VIEIRA, con la generosa y constante apertura de su biblioteca y el consejo práctico y oportuno, sumaba a su condición de profesor la de un ser humano capaz de hacernos sentir como un igual entre iguales. Así recordamos a Manuel, como cariñosamente le llamábamos.

Cabría añadir algunas precisiones: la primera, que habríamos deseado disponer de más tiempo para la investigación y estudio para elaborar esta ponencia, aunque reconocemos que se trata de una cuestión de urgencias de edición. Otra, que en este artículo dominará la referencia a nuestra doctrina nacional para observar su evolución; por último, que ésta no será para mí la primera vez que homenajeo al Maestro ALFONSÍN. Lo hice desde mi adolescencia de jurista cuando en 1961 publiqué la monografía sobre Nacionalidad de las Sociedades Mercantiles², tema de mi primera monografía, escogido en mutuo acuerdo con ALFONSÍN y, sin duda, uno de los recuerdos académicos que llevo conmigo celosamente por la génesis de su ideación y el incentivo sobreviniente de su destino.

II. Una información necesaria: la obra de ALFONSÍN

² *Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración*, T. 59, Nº 1, pp. 221-228

1.- Si imposible resultaría, como se ha dicho, analizar aquí toda la producción de ALFONSÍN y por ello no lo intentaremos, no es materia sencilla seleccionar ciertos temas centrales pues no hubo punto relevante alguno del Derecho Internacional Privado de su tiempo sobre la cual ALFONSÍN no hubiera pensado o escrito o enseñado. Su Teoría General publicada en 1955, con una segunda edición de 1982, -una obra de extraordinario valor científico-; su volumen I del Sistema del Derecho Civil Internacional (1961)³; su libro sobre El Régimen Internacional de los Contratos (1950); su estudio sobre El Orden Público (1940) el que no obstante haber transcurrido setenta años desde su publicación sigue sirviendo de guía para interpretar el art. 5 de la Convención Interamericana de Normas Generales (CIDIP II, 1979, Montevideo) y la Declaración sobre el Orden Público Internacional hecha por el Profesor VIEIRA como Presidente de la Delegación de Uruguay en esa Conferencia, la que registra muy fielmente el pensamiento de ALFONSÍN, ya presente y vivo en nuestra participación con el Profesor Edison GONZALEZ LAPEYRE en la CIDIP I (Panamá, 1975), a la que asistiéramos como delegados acompañados por VIEIRA como Observador de la ALALC (Asociación Latinoamericana de Libre Comercio); el libro sobre Quiebras (1940). Se agrega un sinnúmero de artículos, notas de jurisprudencia y versiones de apuntes de clase - tres Tomos del uso normal de los estudiantes y no sólo de ellos- abarcativas de temas como Derecho Comercial Internacional y Derecho Procesal Internacional, entre otros, y que también configura material de aula.

2.- En materia procesal relevo el artículo de ALFONSÍN titulado "Un instrumento de cooperación judicial: El exhorto internacional" (1957), el que dio lugar a que, motivado por ese estudio, le consultara sobre la posibilidad de adoptarlo como tema de mi tesis para convertirme en Profesor Adscripto, lo que el Maestro aprobó sin vacilación. La tesis, aprobada en 1965 por la Facultad, la que dispuso su publicación, se convirtió así en mi libro sobre Exhortos y Embargo de Bienes Extranjeros – Medios de Cooperación Judicial Internacional, publicado luego de la CIDIP I (1975), la que había adoptado sendas convenciones relativas a Exhortos o Cartas Rogatorias y Recepción de Pruebas en el Extranjero, materias abordadas por la tesis. Este relato, un tanto extenso, obedece a la necesidad de testimoniar la influencia directa que ALFONSÍN tuviera sobre nosotros y eso es lo que he querido compartir con todos Ustedes.

³ Esta obra sería seguida del volumen 2, en pleno proceso de preparación, y que lamentablemente no alcanzó a ver la luz, no obstante las gestiones hechas luego de la muerte de Alfonsín.

III. Los temas elegidos - criterio seguido

3.- Al asumir la complejidad de efectuar una selección de temas dentro de la obra de ALFONSÍN nos ha parecido necesario intentar hacerlo sobre la base de algún criterio. De lo varios posibles hemos escogido el de relevar aquellas cuestiones donde se advierte una significativa evolución que en ocasiones corrobora su pensamiento y en otros ha tomado distancia de éste. Prueba esta última, inequívoca, de la movilidad de esta rama del Derecho y de la libertad académica de sus cultores. Sin perjuicio de utilizar dicho criterio, también nos parece necesario indicar que la obra de ALFONSÍN admite un ordenamiento y que al intentar ponerlo en claro contribuirá a justificar la inclusión de ciertos puntos sin que la exclusión de los demás pueda implicar desconocer la importancia y vigencia del pensamiento del autor. En todo caso, a título de presentación general de este capítulo señalamos:

i) En su libro *Teoría General* no escapa al autor ninguna de las cuestiones que preocupaban entonces a la doctrina y de ahí, precisamente, que ALFONSÍN exponga la concepción Privatista Contemporánea, - a la que se adhiere-, como demostración cabal de una información actualizada y sin por ello prescindir de un relato histórico prácticamente exhaustivo en el cual el MAESTRO nos introduce con detalle a la vez profundo y ameno en cada una de las distintas concepciones y sus proposiciones.

ii) En el plano esencialmente teórico ALFONSÍN estudia la relación jurídica privada como objeto del DIPr y hasta nos propone ponerle a éste un nombre nuevo: Derecho Privado Internacional. Claro está que no es un simple cambio de nombre sino que ello responde – muy teóricamente --, a su visión de esta rama del Derecho y del Derecho en general. Para ALFONSÍN las normas del DIPr, son, " ante todo de derecho privado" y por lo tanto a ello responde el nombre que nos propone.

iii) Examina también la naturaleza, las fuentes y el fundamento del "Derecho Privado Internacional". Entusiasta defensor de las soluciones internacionalistas así como de una visión amplia de las fuentes, apela al consenso de la sociedad internacional, para él la de los individuos, como fundamento para la provisión de derecho privado a la relación. No aparece todavía en ALFONSÍN de un modo categórico

la asunción del criterio del pluralismo metodológico, una de las grandes variantes operada en etapas posteriores, aunque es preciso reconocer que su construcción de las normas materiales implica un importante aporte en cuanto apertura a los diferentes tipos de normas y con ello, implícitamente, del propio método de elaboración de las reglas.

iv) Aborda el MAESTRO cuestiones que hacen al funcionamiento del Derecho Internacional Privado y tras su riguroso examen de la "relación jurídica privada extranacional" (sucedáneo de la internacional) como es – para citar sólo lo esencial – el caso de la calificación, la determinación del derecho aplicable, la cuestión previa, el derecho extranjero, el reenvío y el orden público internacional. Estos dos últimos temas los enfoca con un rigor técnico inusual, al menos en nuestro país y, me animo a decirlo, en la región. Por supuesto, volveremos sobre estos dos últimos temas de indiscutible interés y vigencia no sin antes subrayar que los capítulos sobre el fraude a la ley y la inadaptación son aportes todavía en vigor.

v) Desde una concepción que trata de colocar al Derecho Internacional Privado en sintonía con las necesidades del tráfico externo – al que ALFONSÍN llama *commercium* internacional --, comienza a percibir la posibilidad de una "esfera de derecho aparentemente autónoma", que toma en cuenta los intereses de una "clase", la de los comerciantes, con cierta independencia de las fuentes formales y, en ciertos casos, por fuera del interés general, en la búsqueda del derecho más adecuado a la regulación. Esta mirada en perspectiva del autor, de lo que luego sería bautizado como *lex mercatoria* es una contribución muy importante que bien podría ser retomada por la doctrina nacional en los nuevos estudios del Derecho Comercial Internacional a la luz de la evolución de la uniformización de las reglas en un marco globalizado -que ALFONSÍN barruntaba- en el que juegan un papel fundamental las organizaciones internacionales, actualmente diverso, sin duda, al de la época de ALFONSÍN.

vi) ALFONSÍN fue un firme opositor a la llamada autonomía de la voluntad en materia de contratos internacionales, tal como fuera ya adelantado, siendo éste uno de los temas donde se ha producido el más fuerte de los cambios tanto a nivel doctrinario como legislativo, en la fuente interna e internacional aunque no todavía en la jurisprudencia. En la doctrina se advierten aun resistencias especialmente firmes a

nivel nacional, bajo el influjo desde un punto de vista técnico-jurídico de la posición clásica y de las soluciones de los Tratados de Montevideo aun vigentes, aunque sobre la base de una concepción de las relaciones de poder ínsitas en las relaciones internacionales tanto públicas como privadas. Esta posición viene siendo revisada, no sin dificultades, como lo veremos más adelante pues el debate se desplaza, indiscutiblemente, hacia el terreno de concepciones político-sociales arraigadas con fuerte anclaje en la tradición nacional.

vii) La cuestión de la cooperación o asistencia judicial internacional fue vista tempranamente por ALFONSÍN como un importante tema, al igual que todo el Derecho Procesal Internacional, antes que La Haya construyera efectivamente el instrumento de la Autoridad Central y ésta se convirtiera en los diferentes países como el mecanismo principal para hacerla efectiva. Asimismo, es notoria la influencia de los estudios de ALFONSÍN sobre estos temas procesales en la posición de Uruguay en las respectivas convenciones de la CIDIP, especialmente de la I, II y III.

A la luz de todo lo que venimos de expresar marcamos nuestra preferencia sobre algunos de los temas sin desmedro de los demás y a ello nos atenderemos en la exposición que sigue.

1. El nombre de la disciplina – "derecho privado internacional "

4.- ALFONSÍN abandona la denominación tradicional y vigente de Derecho Internacional Privado, fiel a su axioma que le dice que el objeto de esta rama del Derecho es la relación jurídica privada "extranacional" y que la regulación debe estar a cargo de un "orden jurídico extranacional". Esta idea va de la mano con el descarte que hace ALFONSÍN de la solución clásica o de conflicto de leyes de inspiración savigniana y de la afirmación que ningún derecho privado nacional es adecuado para regular la relación. De ahí que el Maestro sostenga que ese derecho sea,- ha dicho antes- supranacional y ante todo privado⁴. Así se distingue del privado nacional.

⁴ Ver Q. ALFONSÍN, *Teoría del Derecho Privado Internacional*, Montevideo, Idea, 1982, pp. 21 y 46-47

5.- Esta posición de ALFONSÍN, si bien es fundada con seriedad por el autor, no ha sido de recibo en la propia doctrina uruguaya, al menos entre quienes hemos continuado enseñando esta disciplina a nivel de cátedra regular. Tampoco, es obvio, resulta aceptable ese nombre (ALFONSÍN lo plantea como una elección entre varios posibles) a nivel internacional, pues resulta bastante claro que el conflicto de leyes (o al menos la diversidad de leyes interesadas en asegurar la vida jurídica de la relación), continúa siendo un *habitat* ineludible sólo superable por la ley uniforme. Esta, en cambio, bien podría considerarse una técnica propia del derecho privado y por tanto validaría parcialmente la propuesta. Sin embargo, nos parece que una discusión sobre esta cuestión no agregaría demasiado a nuestra disciplina⁵ y hasta podría crear cierta confusión.

2. La concepción privatista contemporánea – algunos de sus efectos

6.- Bajo la influencia reconocida de la doctrina italiana y en especial la del holandés Daniel José JITTA, (con su propuesta de la "comunidad jurídica de los hombres") , en especial de su obra sobre el Método, ALFONSÍN postula la formulación de normas materiales de Derecho Privado Internacional, sean de Derecho Civil o de Derecho Comercial, sólo aplicables a las relaciones jurídicas extranacionales. A ello le denomina concepción privatista "contemporánea" con referencia, lógicamente, a su tiempo. Resulta muy discutible la opinión de ALFONSÍN cuando nos dice con BARTIN que "No hay duda que el Derecho Privado Internacional es ajeno a las relaciones entre Estados⁶, no pudiéndose confundir el tipo de relaciones inter-etáticas de derecho privado con las de derecho público. En definitiva la apelación a las normas indirectas por parte de ALFONSÍN implica el reconocimiento del papel de unas normas atributivas aunque tengan por sí mismas contenido regulador.

7.- Pensamos que la viabilidad de esta postura es inseparable de la fuente desde que si ello se resuelve mediante normas nacionales puras, éstas sólo serán aplicables si son competentes y esto será en último término laudado por una norma de conflicto. Si en cambio estamos en presencia de una fuente internacional ("supranacional" en el lenguaje de ALFONSÍN), esa regulación una vez aceptada por los Estados tendrá

⁵ Q. ALFONSÍN (nota 4)

⁶ Ver Q. ALFONSÍN (nota 4), especialmente pp. 25 y 190-196

carácter vinculante y podrá aplicarse a este tipo especial de relación jurídica privada en virtud de su internacionalidad. ALFONSÍN, en el refugio de una nota (la Nro. 55 de su Teoría), admite: "Las normas indirectas son, como se ve, las mismas que la concepción clásica considera formales".

8.- Se corrobora así una concepción diferenciada de ALFONSÍN respecto de la corriente italiana que le sirviera de inspiración y de la que el autor llega a expresar que su concepción "recae en los mismos defectos de la concepción clásica"⁷. Empero la apreciación de ALFONSÍN sobre la doctrina clásica en cuanto a la inadecuación del derecho regulador, identifica una imperfección que abre el camino hacia un derecho de los negocios internacionales, como ya se dijo, el del *commercium* internacional⁸, como un verdadero anticipo de la *lex mercatoria* que desarrollara a posteriori con tanto éxito la doctrina desde FRANCESKAQUIS, entre otros, en adelante hasta ingresar en el nuevo derecho internacional privado uruguayo proyectado en año 2008 y sobre el cual volveremos.

3. Anotaciones sobre el reenvío - algunas notas sobre su evolución a partir de ALFONSÍN

9.- Resulta interesante -y mantiene actualidad-, el punto de las consecuencias que tendría sobre el reenvío la preindicada concepción privatista "contemporánea" en cuanto a que por la vía de las normas indirectas del Derecho Privado Internacional no se trata ya de deslindar competencias sino de "regular a su modo las relaciones extranacionales" y por lo tanto cuando se señala un derecho extranjero para regular la relación "no habría razón alguna para consultar las normas extranjeras de Derecho Privado Internacional pues ya hemos consultado las nuestras", nos dice ALFONSÍN. Concluye: "Tal es la razón de que, según la concepción privatista, no haya reenvío"⁹.

⁷ Q. ALFONSÍN (nota 4), p. 25

⁸ Q. ALFONSÍN (nota 4), p. 21

⁹ Q. ALFONSÍN (nota 4), especialmente pp. 195-196

10.- A nuestro juicio, si bien advertimos el fundamento de esta posición, no cabría establecer la sumisión del instituto del reenvío a una concepción puramente doctrinaria de *lege ferenda* sino que ello hace parte de una orientación política reguladora o de aplicación –legislativa o jurisprudencial- e indudablemente su ámbito sigue siendo el del sistema de conflicto. El rechazo expreso del reenvío o su aceptación modulada de una regulación conflictualista, es la mejor demostración de lo que acabamos de expresar, quedándole al intérprete la tarea de hacer funcionar el sistema. Así, a nuestro entender, y a título de puro ejemplo, la norma del art. 2403 del Apéndice del Código Civil uruguayo¹⁰, no autorizaría otra consulta del derecho remitido que el de su propia regulación material.

11.- Es preciso recordar que ALFONSÍN enuncia las condiciones para que haya reenvío distinguiendo entre referencia máxima y referencia mínima, así como el reenvío de normas nacionales de Derecho Privado Internacional y el reenvío promovido por normas supranacionales de esa rama del Derecho Privado.

En la primera de las hipótesis, ALFONSÍN se muestra opuesto a la aceptación de este mecanismo y desdeña los argumentos justificativos de la *raquette*, así como también de la armonización -no efectiva a su juicio- y la invocación de las ventajas prácticas, para señalar "...al fin y al cabo la aplicación de Derecho Privado Internacional extranjero es tarea tanto más espinosa que la aplicación del Derecho Privado extranjero"¹¹. Y cuando trata de la concepción privatista en su aplicación al reenvío afirma ALFONSÍN que la norma indirecta "se apropia" del derecho del Estado remitido para regular la relación, con lo cual el resultado final no es diferente del que se obtendría mediante las normas clásicas de conflicto.

12.- En el sentido que venimos de indicar ALFONSÍN concluye que ante el silencio de nuestro Derecho Internacional de fuente interna, "debemos entender que nuestras normas de Derecho Internacional Privado se refieren al derecho de A": (la del Estado remitido, acotamos nosotros), con lo cual en tal caso se rechaza el reenvío.

¹⁰ Art. 2403 C.C. uruguayo: "Las reglas de competencia legislativa y judicial determinadas en este título no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes. Esta sólo podrá actuar dentro del margen que le confiere la ley competente."

¹¹ Q. ALFONSÍN (nota 4), pp. 468-470

13.- Si la fuente es supranacional (internacional, en nuestro lenguaje), ella deroga las normas nacionales de Derecho Internacional Privado y así no habría posibilidad de concretar la referencia máxima al contar con un único sistema de Derecho Internacional Privado que abroga los demás. Sin embargo, reconoce ALFONSÍN como "reenvío aparente", el que se produciría, por ejemplo, en la Convención de La Haya de 1902 respecto al matrimonio, al disponer en el art. 1 : "El derecho de contraer matrimonio se regula por la ley nacional de cada contrayente, a menos que dicha ley se refiera expresamente a otra". El autor no se priva de señalar las dificultades de aplicación que produjo esta fórmula de compromiso y la reacción negativa de Suiza, Estado partidario de la solución del domicilio, lo que en los hechos conducía a que la ley francesa – *lex patriae* -, se aplicara siempre, ya como tal, ya como ley del domicilio, a un suizo domiciliado en Francia¹².

La mención de este ejemplo es útil a los fines de justificar la evolución que alienta la doctrina y el derecho positivo uruguayo – éste a nivel todavía de proyecto de Ley-, en lo relativo al reenvío.

14.- De igual modo critica ALFONSÍN la fórmula del Protocolo Adicional de los Tratados de Montevideo de 1939-40 la que en el art. 5 dispone: "La jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos Tratados no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha Ley". ALFONSÍN nos dice aquí que se trata de una fórmula de "compromiso" entre la posición uruguaya y la argentina en respecto de otro tema diverso al reenvío como lo es la autonomía de la voluntad en la elección de la ley aplicable, rechazada – tras el debate- por la primera y defendida por la segunda. Esta situación ilustra muy bien acerca de las inevitables relaciones que se plantean entre los diversos institutos creados por el sistema de conflicto particularmente cuando se negocian textos internacionales en los que resultaría muy difícil ajustarse un cien por ciento a la solución rigurosamente teórica. Por otra parte, el hecho de haberse incorporado esta solución – junto a otras de los Tratados de 1939-40 - mediante la llamada Ley Vargas (por el nombre de su autor, Álvaro VARGAS GUILLEMETTE, brillante jurista uruguayo, antecesor de ALFONSÍN en la cátedra de DIPr y Delegado en el Segundo Congreso de DIPr de Montevideo), incorporada como Apéndice del Código Civil cuyo artículo 2403, tiene una redacción

¹² Q. ALFONSÍN (nota 4), pp. 468-470

similar y funciona como DIPr de fuente interna, aplicable a todas las relaciones privadas "extranacionales" (para nosotros internacionales) que involucran a Estados que no son Parte de los Tratados de Montevideo u otros.

De esta forma, según el Maestro, se legitima un reenvío que en el caso del Protocolo equivaldría a una cláusula facultativa pues cada Estado podría modificar libremente la solución conforme a su conveniencia; no así la de conflicto de leyes y jurisdicción si su fuente fuere internacional. En caso de fuente nacional la libertad de modificación de la ley material resulta indiscutible¹³.

15.- Cabe agregar que en nuestra doctrina Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE sostiene que la del art. 2403 recién citado "es la única forma de reenvío expresamente admitida en nuestro sistema legal", la que en el plano teórico no merece su aprobación y en esto recuerda, para coincidir, el pensamiento de ALFONSÍN en cuanto a que si se adjudica a cierta ley la regulación es porque se ha entendido que ese derecho es el más adecuado para regir la situación. Empero, desde un punto de vista práctico se afilia a la posición de Ronald HERBERT sostenida en el aula, favorable al reenvío, ya que éste según él, importa la aplicación por los jueces de su derecho propio y eso le permite, además, "evitar desarmonías y resultados injustos"¹⁴. Esta posición se aleja notoriamente, no sin fundamento, de la posición clásica de ALFONSÍN al cambiar el eje del asunto que ya no sería la dilucidación de las referencias – máxima o mínima-, sino una autorización de flexibilidad al juez como parte de una postura teleológica que hace del reenvío un mecanismo para la mejor aplicación del derecho al caso concreto. En consecuencia, la más reciente doctrina uruguaya precitada abandona la posición restrictiva seguida durante decenas de años. Todo esto bajo el evidente influjo de la Convención Interamericana de Normas Generales, erigida en verdadera cabeza del sistema regional de DIPr -al decir de otro gran Maestro, Werner GOLDSCHMID-, en especial su art. 9 al consagrar la aplicación armónica de las diversas leyes que pueden ser competentes a fin de alcanzar las finalidades perseguidas por las mismas y tratando de lograr la equidad en el caso concreto¹⁵. No obstante cabe indicar que la

¹³ Q. ALFONSÍN (nota 4), p. 472

¹⁴ C. FRESNEDO DE AGUIRRE, *Curso de Derecho Internacional Privado*, T. I, Parte General, 2ª ed, Montevideo, FCU, 2004, p. 221, con cita de HERBERT en sus cursos inéditos de los años 1984 a 1992 en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, citado por C. FRESNEDO DE AGUIRRE (nota 14), notas al pie Nos. 568 y 569.

¹⁵ Artículo 9 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado: "Las diversas leyes que pueden ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma

Convención de México (CIDIP V, 1994) sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, por tanto posterior a la de Normas Generales, no le otorga recibo a esta solución para esa categoría. Sin embargo, es preciso indicar que esta Convención sólo cuenta con dos Estados ratificantes y que Uruguay si bien la firmó y elevó el Poder Ejecutivo al Parlamento un Proyecto de Ley para su ratificación, no obtuvo su aprobación no obstante el esfuerzo que yo mismo empeñara para ello como Canciller de la República al ofrecer fórmulas de ajuste de tipo conciliador.

16.- También a nivel del MERCOSUR, conforme a su oportuna cita en el Curso de la Profesora FRESNEDO DE AGUIRRE, cabe recordar el Protocolo de San Luis de 1996, en vigor, sobre Responsabilidad Civil emergente de Accidentes de Tránsito, el que, por otra parte, reproduce la fórmula del Convenio bilateral entre Argentina y Uruguay vigente desde 1995, prohibiéndose en ambos instrumentos, a texto expreso, el reenvío. Prohibición ésta que a juicio de la precitada autora no cabe reconocerla como de alcance general, al dejar en manos del juez, de acuerdo con su posición, la posibilidad de corregir posibles distorsiones en el funcionamiento del sistema del conflicto de leyes.

17.- Por nuestra parte hemos sostenido una posición opuesta al reenvío en tanto él pueda aparejar una distorsión en dicho funcionamiento y así lo hemos consignado en nuestros cursos de los que cita FRESNEDO DE AGUIRRE el de 1995 en la Universidad Católica, así como también la opinión docente invocada en juicio¹⁶. Indica dicha autora lo complejo de esta cuestión y la variante operada en nuestra jurisprudencia a la que califica como "contradictoria" sin perjuicio de subrayar que ha sido una sentencia de segunda instancia, que cita, la que ha valorado "la justicia sustantiva" y "las políticas legislativas subyacentes", aunque utilizando las referencias mínimas¹⁷.

18.- Como parte de esta panorámica muy general sobre el reenvío cabría recordar que la Convención de Normas Generales de la CIDIP II guardó silencio sobre el tema, tras su consideración, por falta de acuerdo sobre el mismo. Por su parte, el

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."

¹⁶ D. OPERTTI BADÁN, "Aplicación de Derecho Extranjero y Reenvío en el Derecho Internacional Privado Uruguayo", *RTYS* N° 13, 2000, pp. 169 ss.

¹⁷ C. FRESNEDO DE AGUIRRE (nota 14), p. 227

Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado¹⁸, elaborado por especialistas, actualmente a consideración del Parlamento de Uruguay, en su art. 12 consagra una fórmula ciertamente original que nos permitimos transcribir: "Reenvío - 1.- Cuando resultare aplicable el derecho de un Estado extranjero, se entiende que se trata de la ley sustitutiva de ese Estado con exclusión de sus normas de conflicto.- 2.- Lo establecido en el numeral anterior es sin perjuicio de lo establecido a texto expreso por otras normas o cuando la aplicación de la ley sustitutiva se torne incompatible con la finalidad esencial de la propia norma de conflicto que lo designa.- 3.- En materia contractual no habrá reenvío" (Fin de la transcripción).

Según se consigna en la Exposición de Motivos (Carpeta Nro. 3327 de 2009, Repartido Nro.1601- Julio de 2009, Cámara de Representantes, cuerpo legislativo al que arribó el proyecto luego de ser aprobado por consenso en el Senado de la República), esta solución "recoge la doctrina más recibida en el país al excluir su aplicación de principio y permitir su uso en casos concretos con la única finalidad de corregir un resultado defectuoso de la aplicación de la norma de conflicto." (pag.6)

Adviértese fácilmente la evolución operada desde el pensamiento de ALFONSÍN hasta el presente, no obstante lo cual se mantiene una posición en cierto modo equilibrada y diferenciada así tanto de las soluciones abiertamente permisivas como de las que lo prohíben totalmente¹⁹.

4. El derecho de los comerciantes (lex mercatoria en ALFONSÍN)

19.- En toda la obra de ALFONSÍN se advierte como tendencia dominante la de poner al Derecho Internacional Privado al servicio de las personas individuales o asociadas lo cual cobra especial significado al tratar el derecho de los comerciantes con una clara inclinación hacia una regulación de tipo material que le hace decir al autor—luego de mencionar los Tratados de Montevideo y el Código Bustamante con sus reglas formales-, que "el progreso científico encamina sus pasos hacia la solución privatista"²⁰.

¹⁸ Véase D. OPERTTI BADÁN / C. FRESNEDO DE AGUIRRE, "The latest trends in Latin American Law: The Uruguayan 2009 General Law on Private International Law", *YBPIL*, Vol. 11, 2009, pp. 305-337

¹⁹ En el trabajo precitado puede consultarse la lista de los Estados que han adoptado una u otra solución en materia de reenvío (ver especialmente p. 328)

²⁰ Q. ALFONSÍN (nota 4), p. 24

20.- Recomienda ALFONSÍN al tratar la Uniformidad de los Derechos Nacionales "la uniformidad convencional" que "cuenta con la ventaja de su estabilidad" y a la que se ve como "factible", "cuando no pretende abarcar todos los Estados del mundo, ni todas las materias del derecho privado"²¹.

21.- Es al examinar el Derecho Privado Extranacional donde ALFONSÍN afirma "que la relación jurídica extranacional suele requerir en efecto, un derecho privado distinto al derecho privado nacional uniforme. Pone el ejemplo del transporte en el cual, dice, los Estados "pueden tener idénticas normas", pero el "transporte internacional exige normas especiales, adecuadas a sus particulares necesidades". Enumera como normas de este carácter: "los reglamentos internacionales, las cláusulas convencionales y los contratos tipo"²².

22.- En orden a las "cláusulas contractuales" ALFONSÍN ejemplifica con aquellas que son promovidas por los propios interesados en aplicarlas "banqueros, comerciantes, navieros, juristas".

La vigencia de estas normas, dice ALFONSÍN, queda limitada a ciertas relaciones y al impulso de la *International Law Association*. Se trata, a nuestro juicio, de los hoy llamados "usos de comercio", que adoptan para ciertas categorías temáticas un conjunto de reglas que luego las partes incorporan a sus contratos.

23.- Aparece en la nómina de ALFONSÍN los "contratos tipo", de uso corriente entre los agentes económicos privados y mediante los cuales regulan sus contratos y las obligaciones dimanantes, siendo frecuente la previsión del arbitraje para resolver sus controversias. Se trata según ALFONSÍN, de contratos-formularios totalmente desvinculados de cualquier legislación nacional, de modo que entrarían en "una esfera de derecho aparentemente autónoma, cuya obligatoriedad, por lo menos a primera vista, reposa en ella misma"²³.

24.- Es precisamente en este punto donde ALFONSÍN, acucioso en la búsqueda de una fuente que legitime tales actos (muestra de una concepción positivista en cuanto a

²¹ Q. ALFONSÍN (nota 4), p. 329

²² Q. ALFONSÍN (nota 4), p. 336

²³ Q. ALFONSÍN (nota 4), p. 339

disponer de reglas), expresa que "Esta circunstancia es, empero, incomprensible, puesto que ningún contrato puede crearle *por sí mismo* obligaciones jurídicas a las personas. Es imprescindible, pues, que los contratos-formularios" tengan un oculto cordón umbilical por donde les llegue el sustento desde algún orden jurídico establecido. Ese orden jurídico es el extranacional, cuyas normas consuetudinarias sancionan el contrato jurídicamente"²⁴.

25.- Se advierte fácilmente que, en esencia, ALFONSÍN nos está informando acerca de lo que luego habría de identificarse como *lex mercatoria*, un verdadero "legado "en la expresión de Ruben SANTOS BELANDRO que sitúa al Maestro como "figura descolante" en América y en lo que hace al tema, junto al Profesor Berthold GOLMAN en Europa"²⁵. SANTOS BELANDRO va aún más lejos al titular uno de los capítulos de la obra citada como "El Derecho Espontáneo emergente del comercio internacional" para referirse a la *lex mercatoria* como fuente del Derecho Internacional Privado", lo cual no le impide dejar planteados sus reparos en esta en cuanto a la poca participación que tendríamos los países. Plantea, además, su legítima duda acerca de "cuánto hay de repetición libre y voluntaria de los contratos internacionales ", aunque reconociéndole a América Latina una participación importante en la que él llama sociedad mercatoria por medio de las Convenciones aprobadas por CIDIP: la de Arbitraje Comercial Internacional (CIDIP I, Panamá, 1975) y la de Derecho Aplicable a los Contratos Internacional (CIDIP V, México, 1994)²⁶.

26.- Sin perjuicio de los comentarios precedentes con los cuales en buena medida coincidimos, en mi opinión lo que más resalta cuando se revisa la obra de ALFONSÍN, es la forma en que este tratadista uruguayo supo mirar en perspectiva los distintos temas, auscultando una realidad que aunque distante de la nuestra de ese momento, se presentaba ya como un fenómeno al que no estaríamos ajenos de modo muy marcado en el futuro. Y esto es lo que, precisamente, ha acontecido, al

²⁴ Q. ALFONSÍN (nota 4); Q. ALFONSÍN, *Régimen Internacional de los Contratos*, Montevideo, Biblioteca de la Facultad de Derecho de la universidad de la República, 1950, pp. 175-176. En este libro ALFONSÍN adelanta la que sería su posición en la *Teoría del Derecho Privado Internacional*.

²⁵ R. SANTOS BELANDRO, *Derecho Comercial Internacional*, Montevideo, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2008, p. 38

²⁶ R. SANTOS BELANDRO, (nota 25) pp. 63- 64. En esta misma obra, su autor plantea objeciones a los posibles contenidos de la *lex mercatoria*, la que a su juicio "no debe ser un cajón de sastre" (p. 57)

proclamarse una pluralidad de fuentes en particular en el ámbito comercial y que en esencia, ilustran el cambio operado en la sociedad internacional.

Adelantarse a estos tiempos ha sido un mérito relevante de ALFONSÍN, cuyo pensamiento no solamente debemos verlo situado en su contexto sino en el de hoy, a cincuenta años de su alejamiento vital.

27.- Asimismo y en tal sentido, cuando se repasa no sin cierta selección, la doctrina uruguaya posterior a ALFONSÍN, se observa en algunos autores, por ejemplo, el Prof. Jorge TALICE²⁷, una marcada inclinación en favor de la autonomía del Derecho Comercial Internacional por razón de contar con un objeto propio, (el comercio Internacional), unas fuentes formales y "espontáneas" (de las que, como suma, destaca **la *lex mercatoria***) una interpretación e integración propias de sus normas que lo distingue del derecho civil²⁸; una regulación en la que predomina la autonomía de la voluntad contractual; el papel creciente de la codificación internacional y, por último, la recurrencia al arbitraje como instrumento de solución de los conflictos privados comerciales, sin olvidar, agregamos, la función que pasan a cumplir ciertas organizaciones internacionales y regionales en la elaboración de este nuevo derecho mediante la unificación material. Ejemplos de una y otra cosa son, sin duda, la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (en vigor) y en la O.E.A. (CIDIP VI), en la Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias (no incorporada en nuestro ordenamiento jurídico).

28.- No es mi propósito reeditar aquí en profundidad las actuales diferencias que todavía separan unos autores de otros en el punto bajo examen pues ello nos alejaría del objeto de esta ponencia destinada a ALFONSÍN. Sin embargo, es preciso advertir que los referidos esfuerzos codificadores vienen extendiéndose y al amparo de UNIDROIT, UNCITRAL (o mejor, CNUDMI) y de la propia CIDIP, se priorizan los temas de Derecho Comercial Internacional y así surge con claridad cuando se consultan algunas obras de reciente data como la ya citada de SANTOS BELANDRO, y la aún más reciente titulada a modo de interrogante *¿Cómo se Codifica el Derecho Comercial Internacional?*, obra coordinada con Jürgen BASEDOW, Diego FERNANDEZ ARROYO y José

²⁷ Jorge TALICE, "Objeto y Método en el Derecho Internacional Privado", en *Objeto y Método en el Derecho Internacional Privado* (obra colectiva), 2ª ed., Montevideo, FCU, 1990, pp. 29-61

²⁸ Jorge TALICE, "Interpretación e integración en el DIPr", en *RUDI*, N° 3, pp. 115-159

A. MORENO RUFINELLI. De su contenido y a los solos efectos de esta ponencia destaco el capítulo de FERNANDEZ ARROYO titulado "La Multifacética Privatización de la Codificación Internacional del Derecho Comercial"²⁹ y menciono el capítulo que escribiéramos junto a Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE bajo el título "El Derecho Comercial Internacional en el Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado del Uruguay-Una Primera Aproximación"³⁰, el que contiene un capítulo destinado a la "Especialidad del Derecho Comercial Internacional", cuya denominación conlleva un pronunciamiento sobre el asunto en tanto no se habla de Autonomía del Derecho Comercial Internacional.

29.- En síntesis, nadie en la doctrina uruguaya actual tiene dudas acerca del incremento de las normas y principios (recuérdese los de UNIDROIT aunque no sean exclusivos del Derecho Comercial) que tratan ciertas categorías del comercio internacional, tampoco acerca de la fuente *lex mercatoria*, pero acaso lo más importante -como coincidencia subrayable-, es la que se ha producido al elaborar el Proyecto de Ley antes referido el cual nos ha puesto de acuerdo -entre otras cosas- en reconocer la especialidad del derecho comercial internacional en el art.13³¹ y su compatibilidad con el sistema general de DIPr. Con esta fórmula – propiciada con particular énfasis por el Profesor TALICE y acotada por algunos de los expertos- se consagran criterios en materia de interpretación e integración que adjudican a las soluciones del derecho comercial internacional un cometido relevante sujeto a las reglas del Título Preliminar del Código Civil aún cuando "se tendrá en cuenta el carácter internacional de las relaciones jurídicas privadas en ellas", en alusión a la propia Ley General y demás normas de Derecho Internacional Privado de fuente nacional", conforme al art. 1, párr. 2 del Proyecto al cual se remite el precitado art. 13.

²⁹ pp, 51-74

³⁰ pp. 385- 411

³¹ "Art. 13. Especialidad del derecho comercial internacional. 1. Se reconoce al derecho comercial internacional como un derecho de carácter especial. 2. Las cuestiones relativas a las relaciones comerciales internacionales no resueltas en Convenciones Internacionales, en leyes especiales o en la presente ley, se dirimen consultando prioritariamente las restantes fuentes del derecho comercial internacional mediante la aplicación de los procedimientos de integración previstos en el artículo 1.2. 3. Sin perjuicio de lo anterior, se consideran como fuentes del derecho comercial internacional, los usos en la materia, los principios generales aplicables a los contratos y demás relaciones comerciales internacionales, la jurisprudencia de tribunales ordinarios o arbitrales y las doctrinas más recibidas en el Derecho uruguayo y comparado. 4. Se aplicarán, cuando corresponda, los usos que sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el tráfico mercantil por los sujetos participantes, o de general aceptación en dicho tráfico, y los principios generales del derecho comercial internacional reconocidos por los organismos internacionales de los que Uruguay forma parte.

30.- Volviendo al Maestro, cabe advertir que su pensamiento es en gran medida recogido por los numerales 3 y 4 del comentado art. 13 a cuyo texto nos remitimos, comprobándose una vez más la vigencia de sus ideas y su indiscutible influencia sobre todos quienes lo hemos sucedido. A mi generación y sobre todo a la que me sigue, corresponderá seguir trabajando en este proceso de codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional Privado, tanto a nivel interno como internacional en un marco de creciente internacionalización del derecho privado no escindible del reconocimiento de las nuevas fuentes y sin desconocer, por cierto, la mayor influencia en todo ello de la actual etapa de la economía y en particular del comercio internacional. A esto se suma la extensión del arbitraje privado muy ligado, sin duda, a la contratación internacional como lo subraya y desarrolla con sólido criterio José Antonio MORENO RODRIGUEZ en su libro sobre Contratación y Arbitraje³², del cual destaco con relación a esta ponencia su relato crítico sobre los trabajos que ha emprendido la Conferencia de La Haya sobre la materia contractual transfronteriza y cuyo nivel normativo final no ha sido aún definido. Sirva también esta mención para consignar como un desafío indeclinable la participación en estos renovados activos procesos de codificación que ALFONSÍN no vivió porque "llegaron luego", sin perder la referencia de su pensamiento, ya para sostenerlo, ya para revisarlo, nunca para desconocerlo o prescindir de él. En este sentido lo importante es no perder de vista que el pensamiento es siempre un fluido y no un acto único o instantáneo, propio de los inventores de otros tiempos y de áreas de las llamadas "ciencias duras".

5. La autonomía de la voluntad en el derecho internacional de los contratos – la evolución nacional luego de ALFONSÍN

31.- Ya adelantamos que ALFONSÍN era fuertemente contrario a la autonomía de la voluntad y no es fortuito que su Régimen Internacional de los Contratos dedique el primer Capítulo al Sistema de la Autonomía de la Voluntad para descartarla sea como "un derecho subjetivo absoluto" o "como un derecho subjetivo derivado del orden jurídico que lo acuerda"³³. En esta segunda situación ALFONSÍN nos dice que para "elegir la ley del contrato, es necesario que el contrato tenga ya una ley: justamente la

³² Ed. CEDEP, 2010

³³ Q. ALFONSÍN, (nota 24), ps. 1 y ss.

ley que regula la libertad de contratación de las partes”, de lo cual el autor infiere que el principio de autonomía de la voluntad no puede estar fundado en la libertad de contratación. “Círculo vicioso, a su juicio, que invalida esta fórmula. Tampoco, a su juicio, las necesidades del *commercium* internacional justificarían esta solución pues el mismo “se maneja satisfactoriamente con las normas preceptivas del Derecho Privado Internacional”³⁴.

32.- En la doctrina uruguaya posterior a ALFONSÍN se ha producido en este tema un debate que aun subsiste. De un lado, los antiautonomistas encabezados en el presente por FRESNEDO DE AGUIRRE, que desde su libro, “La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Internacional”³⁵, justicieramente premiado, elabora una posición terminante en el tema tanto en lo que se refiere a la ley aplicable como al foro elegido, con serios fundamentos de índole jurídica y de política legislativa, éstos más inclinados a una visión socio-económica y por ende, en esencia, política, del asunto. Aboga la autora a favor de las soluciones preceptivistas o imperativas “tan necesarias y justificadas hoy como siempre, puesto que la problemática político económica de nuestro país en sus relaciones con el mundo de los poderosos no ha variado sustancialmente”, siendo estos últimos, a su juicio, los acérrimos defensores del criterio autonomista. Ciertamente los Tratados de Montevideo y el propio Apéndice del Código Civil uruguayo coadyuvan con sus soluciones a favor de esta posición antiautonomista y continúan ejerciendo un efecto más o menos variado en los autores nacionales, con una clara tendencia, a diferencia de Argentina, contraria a la autonomía de la voluntad, que se ha visto reflejada en una jurisprudencia sostenida relevada con prolijidad tanto en el libro precitado como en su posterior curso de Derecho Internacional Privado (Tomo II, Parte Especial, Vol.2) . En este último se vuelve a plantear el dilema en cuanto a la ley reguladora del contrato entre las dos fórmulas precitadas y se incluye un examen del derecho positivo y jurisprudencia que desborda a este trabajo y que no trataremos en detalle. Culmina FRESNEDO DE AGUIRRE con el estudio de los criterios adoptados por el Proyecto uruguayo de Ley General del año 2008 en cuanto a las cuestiones de la ley aplicable y de la jurisdicción competente, tema este último al que destina un mayor espacio en tanto no formula juicio de valor sobre el primero. En cuanto a la fórmula proyectada de la autonomía de la voluntad,

³⁴ Q. ALFONSÍN, (nota 24), p. 27

³⁵ C. FRESNEDO DE AGUIRRE, Montevideo, FCU, 1991, pp. 131-132, 136-137, entre otras.

la precitada autora anota brevemente los artículos pertinentes sin emitir un juicio concluyente pero sin expresar reserva alguna al Proyecto tras haber consignado que éste "se aparta en cierta medida de los criterios tradicionales en nuestro DIPR de fuente interna"³⁶.

33.- Cabría complementar este relato con la cita de los siguientes antecedentes y estudios:

i) La CIDIP IV (Montevideo, 1989) comenzó a examinar el tema de los contratos internacionales y aprobó una serie de bases que incluyen la autonomía de la voluntad, las que fueron , en lo esencial, acogidas por la CIDIP V (México, 1994) con la aprobación de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. En su art, 7 dispone que el contrato se rige "por el derecho elegido por las partes" y que "la selección de un determinado foro no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable". Corresponde recordar también la reunión preparatoria celebrada en Tucson, Arizona, en 1993, de la que participáramos por Uruguay el Prof. HERBERT y yo, y de la cual emergiera el proyecto de convención luego aprobado en México con leves variantes. En Tucson predominó la posición autonomista encabezada por juristas prestigiosos de nuestra región como Gonzalo PARRA ARANGUREN, José Luis SIQUEIROS y Alejandro GARRO. Por nuestra parte reiteramos allí la posición planteada en 1989 en la CIDIP IV y que tuviera como portavoz al Profesor HERBERT.

ii) EL Profesor Eduardo TELLECHEA BERGMAN publicó en 1984 un artículo titulado "La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Jusprivatista Internacional Contemporánea"³⁷ pronunciándose- luego de considerar la llamada "autonomía chica"- de *lege ferenda*, a favor de "una autonomía amplia de la voluntad" la que "responde en la contratación internacional a claras necesidades sociológicas , y encuentra fundamento jurídico para aquellos Estados que aún no han incorporado el principio en su derecho internacional privado , en su actual calidad de doctrina más recibida".

iii) El Profesor SANTOS BELANDRO en su estudio sobre "Imperatividad y Libertad en el Derecho Internacional Privado de los Contratos" publicado en la Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado³⁸, introduce una distinción entre el contrato como

³⁶ C. FRESNEDO DE AGUIRRE / Gonzalo LORENZO IDIARTE, "El Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay", *DeCITA* 11-2009, pp. 429-430

³⁷ *Rev. Derecho Comercial y de la Empresa*, Enero-Junio / 84, Nro.29-30, pp. 73-90

³⁸ Año V, Nro. 5, 1996, páginas 63 a 99

medio para satisfacer los intereses individuales y el contrato como hecho social, para aludir también a "El abandono de la matriz del Estado por parte de los individuos"³⁹ con lo cual se aproxima a la conexión autonomía de la voluntad desde una perspectiva socio-política.

iv) En noviembre de 1996 presenté una ponencia en un seminario de UNIDROIT realizado en Valencia, Carabobo, Venezuela, que se convirtió después en un libro titulado *Contratos Comerciales Internacionales- Últimos Desarrollos Teóricos-Positivos en el Ámbito Internacional*", escrito en coautoría con FRESNEDO DE AGUIRRE⁴⁰. Aquí se estudian las antecedentes de la Convención de México y se proponen algunas alternativas dirigidas a facilitar su aprobación por países como Uruguay resistente aun a la autonomía de la voluntad.

34.- Es preciso a esta altura tener presente , en lo que se refiere a nuestro país que desde aquella posición negociada de Gonzalo RAMIREZ en los Tratados de 1889, pasando por la de VARGAS GUILLEMETTE de frontal oposición a la solución autonomista en los Tratados de 1940, y teniendo presente la sólida posición anti-autonomista de ALFONSÍN, seguida básicamente en mis cursos (aunque indicando que la autonomía de la voluntad no ha sido proscripta por el Derecho Internacional Privado de fuente interna), se ha ido evolucionando en la forma indicada, y es precisamente en ese cuadro de situación, sin rígidas unanimidades pero alentados por un compromiso de todos, que cabe ubicar la fórmula del Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado del 2008.

Ya en un trabajo titulado *La CIDIP V- Una Visión en Perspectiva*⁴¹ habíamos alertado acerca de "un inaplazable reajuste del sistema de Derecho Internacional Privado uruguayo", puesto que desde la Ley Vargas (Nro.10084 del 3/11/1941), luego bien conocida como apéndice del Código Civil) y tal como lo expresara su autor en la Exposición de Motivos "el principio de la autonomía de la voluntad queda limitado al margen de acción que le confiere la ley competente" , hemos dado nuestra aprobación a Convenciones internacionales como la de Compraventa de Mercaderías de Viena (1980) que lo consagran y por tanto debíamos evitar ciertas incongruencias

³⁹ especialmente p. 75

⁴⁰ Montevideo, FCU, 1997

⁴¹ *RUDIP*, Año I, N° 1, ps. 13-43, especialmente ps. 26-38

entre los sub-sistemas del Derecho Internacional Privado del Uruguay: el de fuente interna y el de fuente internacional.

35.- De ahí, pues, dicho esto en apretada síntesis, que la fórmula del prealudido Proyecto de Ley General contenga un art. 48 que en su parte esencial establece: "los contratos internacionales pueden ser sometidos por las partes al derecho que ellos elijan" y que "La remisión al derecho vigente en un Estado debe entenderse con exclusión de las normas relativas al conflicto de leyes. Por su parte, el art. 45 ha previsto la ley aplicable cuando no hay acuerdo de partes – esto es, la voluntad presunta como le llama la doctrina-, enunciándose ciertos criterios coincidentes con los adoptados por los Tratados de Montevideo en sus soluciones imperativas.

36.- No es mi intención hacer aquí un análisis completo del Proyecto uruguayo sino apenas indicar lo preciso en cuanto a la autonomía de la voluntad y en cuanto se consolida en él un proceso de cambio indiscutible respecto del pensamiento de ALFONSÍN. Empero, si se profundiza en las ideas del Maestro acerca de la comunidad de los comerciantes y sus conceptos sobre el *commercium* internacional podría suponerse que ALFONSÍN no se habría enfrentado como lo hizo en su tiempo a esta fórmula autonomista ante "la irresistible expansión de la autonomía de la voluntad en derecho internacional privado", de las que nos habla VON OVERBECK⁴². Pero, en todo caso, esto seguirá siendo materia opinable. Lo que, en cambio sería mucho menos discutible es que debe haber norma expresa para autorizar la autonomía y esto coincide con el pensamiento de ALFONSÍN en cuanto a la necesidad de contar siempre con una norma de referencia aun en la búsqueda de una justicia material (sin perder de vista el papel de la voluntad como punto de conexión y la justicia de la solución) en un ambiente de creciente autonomía del individuo y de ampliación de los mercados, todo ello alentado por el libre comercio (lo cual no es idéntico a liberalismo económico). Y, agregamos, sin confundir ese individuo-centrismo con la actual concepción de los derechos humanos pues esta apunta a la protección *per se* del ser humano con independencia de la actividad de la que él forme parte. Reconocemos que este es otro tema y aquí más vale limitarse a plantearlo.

⁴² Esta es mi traducción del título de su artículo "L'irrésistible extension de l'autonomie en droit International privé", *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage a Francois Rigaux*, Bruxelles, 1993, pp. 619 ss.

37.- Una explicación muy frecuente acerca de este punto nos dice que para los países de derecho civil, como el nuestro, la autonomía estaría íntimamente unida a "la prevención del litigio y a la previsibilidad", en tanto que para los del *common law* estaría ligada a la importancia de la figura del juez. En cualquier caso, la autonomía y su correlato de la regulación supletoria, se dice, se ha convertido en la regla y la preceptividad o imperatividad en la excepción.

Por otra parte, es notorio que esa evolución está muy atada también al papel que se le reconoce al Estado en la regulación de la economía, mayor o menor según la concepción filosófico-política, cuestión mayor a la que el Derecho Internacional Privado no está ajeno, aunque careciendo de la potencialidad y pertinencia indispensables para laudarse este debate.

38.- En suma, el reconocimiento de los nuevos actores con su capacidad de adoptar reglas que sirvan a su interés personal, normalmente de índole comercial, va de la mano con una concepción pragmática, menos estricta en el rigor técnico-jurídico propio del sistema de conflicto que cuenta siempre con la presencia vigilante de los Estados, y más proclive a colocar al derecho al servicio de las relaciones de contenido económico, en las que no se visualiza el interés público, en ocasiones se entiende representarlo, hasta llegar a considerarlo ajeno al asunto. Sin embargo y a pesar de la inmensa e inabarcable bibliografía de reciente data, contestataria de la tradicional, es posible constatar que no hay en este terreno una fórmula única y absoluta que apareje el reinado – no ya el señorío del que nos hablaba ALFONSÍN – de la voluntad y basta para esto tomar el ejemplo de la Convención de Viena de Compraventa –ya citada-, exitosa (con más de setenta ratificantes y comprensiva de la mayor parte del comercio internacional) cuando no deja en manos de las partes del contrato –el más común en el ámbito internacional-, la determinación de la internacionalidad del acto jurídico y ordena la aplicación preceptiva de la Convención salvo exclusión expresa por las partes, acaso como un remanente de las fórmulas imperativas.

El legislador internacional en el marco de la CNUDMI, como se ha dado en la Convención precitada, ha recurrido al Derecho Comparado como un auxiliar indispensable, tema éste que desde una visión más amplia y con miras a la armonización de las soluciones viene explorando en trabajos recientes FERNANDEZ

ARROYO y al que habrá que prestarle toda la atención debida sin mengua del objeto específico del DIPr.

39.- Los párrafos destinados a relevar la evolución de la autonomía de la voluntad en nuestro país, muestran una aproximación progresiva de la doctrina hacia las soluciones autonomistas, sin perjuicio de lo que da cuenta la jurisprudencia – inventariada por FRESNEDO DE AGUIRRE-, en la aplicación de las soluciones imperativas de nuestro DIPr de fuente interna y regional. Por ello, si el tema es visto de un modo un tanto endógeno, no habría razones para cambiar nuestro sistema. Y así habría quedado demostrado con el fracaso de intento de ratificación de la Convención de México en el que oportunamente nos empeñáramos, aceptando la exclusión de ciertos contratos, la subsistencia de ciertas regulaciones autónomas, la aplicación ineludible del derecho imperativo del foro y aún de terceros Estados, la defensa del orden público acorde a la solución conflictualista, la compatibilidad de la Convención con otros Convenios, presentes o futuros, celebrados dentro de los procesos de integración -idea que defendimos sin éxito en Tucson⁴³-, etc.

Por su parte, en lo que le corresponde, el Proyecto de Ley General consagra la solución autonomista pero con límites, que van desde las exclusiones hasta las defensas propias de la Teoría General, sin olvidar que “el contrato no puede ser internacionalizado por mera voluntad de las partes” (art. 44), todo lo cual, decimos, representa de modo matizado las opiniones de quienes participamos en la elaboración del proyecto.

40.- Al relevamiento puntual del párrafo 33 agregamos ahora por configurar la posición más alejada de ALFONSÍN, la de TALICE⁴⁴, el que tras recordar ciertos trabajos de su autoría que anticiparían su militante posición autonomista, tan radical como la de su gentil “contraparte” en el tema, FRESNEDO DE AGUIRRE, se introduce de lleno en el desarrollo de una tesis ciertamente innovadora no desarrollada hasta el momento en nuestra doctrina nacional. En efecto, TALICE apela a sus criterios en materia de objeto del DIPr, y en cuanto refiere a la especialidad del D. Comercial Internacional y la

⁴³ Ver sobre la Reunión de Tucson: Ronald HERBERT, “La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, en *RUDIPr*, Año I, Nº 1, pp. 45-62, especialmente p. 47

⁴⁴ En “La autonomía de la voluntad como principio de rango superior en el Derecho Internacional Privado Uruguayo”, *Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Dr. Didier Opertti Badán*, Montevideo, FCU (copatrocinado por la OEA), pp. 527-562

necesidad de reglas autónomas de interpretación e integración, criterios con los que en su momento disentimos⁴⁵, como anticipo de una postura ahora terminante: La Autonomía de la Voluntad es un principio de rango constitucional⁴⁶.

40.- Con base en Antonio BOGGIANO, al que cita, TALICE simpatiza con su criterio de la "libertad para la equidad" conforme al cual sería innecesario la expresa consagración a nivel legislativo por dimanar de la propia Constitución argentina. TALICE considera que el principio "se encuentra ínsito en ciertos principios constitucionales", así como que "ello es consustancial a la libertad de las personas y especialmente a la libertad de comercio, reconocidas como principios de rango superior. Ello permite afirmar que la regla de la autonomía integra el derecho positivo y tiene plena aplicación y vigencia aun cuando no haya sido desarrolladas a nivel legislativo"⁴⁷. Añade TALICE en sus Conclusiones: "En el sistema del Derecho Internacional Privado uruguayo actual, el principio de la autonomía de la voluntad, aun sin la ratificación de la Convención Interamericana sobre Ley Aplicable a los Contratos Internacionales y sin la sanción de una nueva y necesaria Ley General de Derecho Internacional Privado nacional, dispone de un amplio y creciente campo de aplicación, fundamentalmente en el ámbito normativo ajeno al Apéndice". Aunque en la parte final de esta transcripción pareciera que el autor modula un tanto su rotundez, debo expresar mi disidencia con este planteo puesto que el legislador del Apéndice en su tiempo y el de hoy día, han entendido actuar dentro del ámbito constitucional y sin plantearse en ninguno de ambos casos que el constituyente hubiere consagrado la libertad de comercio como un bien jurídico superior equiparable a la libertad- a secas-, o a la vida o a la propiedad o al honor. En efecto, tanto nuestra primera ley de DIPr (Ley Vargas), como el actual Proyecto por cuya aprobación pugno sin vacilación ni reticencias, tratan de responder al interés general del modo en que lo conciben, en un todo de acuerdo con la Constitución de la República. Por ello no compartimos en este punto las ideas de este tan apreciado colega y amigo sin entrar en otros aspectos de su planteo que merecen, por cierto, una consideración específica no dirimente como la de índole constitucional.

⁴⁵ Cabe precisar que en artículo publicado en la *Revista del Colegio de Abogados*, 1976, T. 9 sobre el Transporte internacional terrestre y la Compraventa internacional, disentimos con el criterio del Dr. Talice en cuanto a excluir del Apéndice del Código Civil las obligaciones comerciales, posición que hemos mantenido hasta el presente y que ha sido recogida por la jurisprudencia en forma prácticamente unánime.

⁴⁶ Jorge TALICE (nota 44).

⁴⁷ Jorge TALICE (nota 44).

41.- Toda discusión que un lado u otro padezca de radicalización nos encontrará opuestos. Empero, no nos negaríamos nunca a discutir este y todos los puntos que se quiera, siempre dentro de la consistencia que exige haber trabajado y promovido con el consenso de todos, la aprobación de una ley tan necesaria como oportuna. Naturalmente, no oculto que el desplazamiento del debate hacia el ámbito constitucional -no sintiéndome como un jurista de "todo terreno"- reclamaría escuchar o leer la voz de los especialistas de esa rama del Derecho.

6. El orden público internacional – un legado de ALFONSÍN

42.- Al subrayar sus trabajos, hemos destacado como corresponde el libro de ALFONSÍN titulado El Orden Público, su prueba de Tesis para DIPr, y hemos reconocido la influencia de esta obra en la doctrina y derecho positivo uruguayo posterior. A esto ha de agregarse el Capítulo XX de su libro Teoría del DIPr en el cual plantea un concepto sobre el orden público –donde se reafirman las ideas expuestas en la tesis-, constituido por "una base de normas y principios de derecho privado en que asientan su individualidad" las sociedades nacionales⁴⁸. Esta individualidad puede oponerse a la aplicación de una ley extranjera si esta resultare competente para regular la relación jurídica de que se trata pero fuere contraria a nuestra individualidad.

43.- Este concepto es el que aparece en la Convención de Normas Generales (CIDIP I, Montevideo, 1979) en cuanto al contenido – principios de orden público-, a lo que se ha agregado que la no aplicación de una ley "declarada aplicable por una Convención de Derecho internacional Privado", operará si se la considera "manifiestamente contraria" a dichos principios. Esta fórmula, de clara entonación limitativa, fue piedra angular de la posición uruguaya sobre el punto desde la CIDIP I (Panamá, 1975) en adelante, al distinguir en todo momento el orden público internacional del interno y ha sido también el sustento de nuestra argumentación a favor de la calidad de excepción y no de norma de competencia regular susceptible de ser confundida con los criterios de sujeción territorial.

⁴⁸ Q. ALFONSÍN (nota 4), p. 559

44.- Sin perjuicio de lo que antecede es la Declaración de la República Oriental del Uruguay sobre el alcance que otorga al Orden Público (de cuya redacción final, hecha en consulta con los colegas de entonces, soy principal responsable) donde se desarrolla la interpretación del concepto de orden público internacional con una clara inspiración "Alfonsiniana", como nos gusta llamarle, con el uso, inclusive, de vocablos empleados por el Maestro en las dos obras precitadas.

El carácter internacional del orden público no ha sido materia de aceptación pacífica (en el sentido jurídico del término); lejos de ello ha dado lugar a vivos debates de los que ilustran las Actas de las Conferencias Interamericanas (CIDIP) y que son en cierto modo un índice revelador del estadio del pensamiento jusprivatista internacional de los diferentes Estados de la región y ponen también de relieve el privilegio de haber contado en nuestro caso, tempranamente, con la guía intelectual de ALFONSÍN y el convencimiento de preservar la defensa de nuestra identidad sin poner en riesgo el funcionamiento del sistema de DIPr.

45.- A los requisitos apuntados – internacionalidad y excepcionalidad – se agregan en la Declaración el carácter "no discrecional y fundado" de la resolución de no aplicación de la ley internacionalmente aplicable, para evitar que los Estados se sientan autorizados "a dejar de lado sin más trámite las normas convenidas cuando el orden público esté por medio"⁴⁹. También aparecen aquí los vocablos "...ofendan en forma concreta, grave y manifiesta normas y principios de orden público internacional...", en línea con la posición y lenguaje de ALFONSÍN cuando señala que lo que afecta el orden público local no es, pues, la ley extranjera, sino su repercusión en nuestro territorio, por lo cual se hace preciso "examinar su aplicación concreta"⁵⁰. Reconoce ALFONSÍN las dificultades para una correcta invocación del orden público internacional pero en cualquier caso sus observaciones permiten al intérprete no apelar a esta defensa de una manera discrecional y abusiva.

46.- Naturalmente, somos conscientes de los cambios que operan en el orden público – concepto por definición variable-, como también lo indicara ALFONSÍN, pero de igual modo pensamos que al tratarse de la "individualidad jurídica", ésta requiere de un cierto sosiego en el tiempo y de una indubitable profundidad.

⁴⁹ Q. ALFONSÍN (nota 4), p. 562

⁵⁰ Q. ALFONSÍN (nota 4), p. 571

IV. Palabras finales

Dentro del formato de una ponencia no habría teóricamente espacio para reflexiones de tono personal pero estimamos que ello debe ser visto y considerado en función del tema tratado. En el presente caso el objetivo –seguramente no alcanzado-, es el registro actualizado del pensamiento de un jurista singular, ALFONSÍN, en ciertos temas escogidos, y también lo es, al mismo tiempo y de modo inseparable, la persona del MAESTRO y el resplandor siempre vivo de sus análisis y recomendaciones.

En lo primero es posible obtener un grado de objetividad razonable que no haga de la memoria un ejercicio apologético y así podamos tener la expectativa de encontrar juntos planos de encuentro y tolerancia con las proposiciones de ALFONSÍN y las de cada uno de nosotros sin perder de vista que ha transcurrido no menos de un medio siglo desde aquéllas.

En cuanto a lo segundo, no podría callar que mi inclinación por DIPr nació en las clases de ALFONSÍN, sin ocultar que al mismo tiempo tenía entonces –y aun conservo-, un vivo interés por el Derecho Internacional Público, también suscitado por otro gran Profesor, Eduardo JIMENEZ DE ARECHAGA, catedrático de esa materia. Y estas constancias que podrían parecer banales y no socializables cobran un relieve muy especial cuando a las particulares circunstancias de mi opción se suma el drama de la muerte de ALFONSÍN, tan prematura como injusta (creo que hay justicia hasta para morir) y con ella la desolación y el sentimiento de tener que empezar de nuevo y seguir adelante con aquella vocación que el Maestro había despertado, casi como una forma individual e intransferible de darle continuidad –ingenuidad o soberbia, acaso-, a ese pensamiento lógico, hilvanado y seguro, sin arrogancia, que exponía a diario en el aula y transfería con igual convicción a su palabra escrita.

Seguramente no pude entonces visualizar con claridad y quizás tampoco lo pudiere hacer hoy, los efectos que habría de tener para mí en lo personal y en lo profesional, aquella opción difícil entre dos Maestros. No obstante, transcurrido el tiempo y en cierto modo la vida misma, sería reduccionista intentar una mirada retroactiva por bien inspirada que ésta fuere. De igual modo sería innecesariamente pueril no reconocer que en la cuenta final guardo, radiante, el intransferible privilegio de haber sido alumno del Maestro para sentirme luego, quizás por eso mismo,

discípulo convencido y trabajador sin pausa en la construcción del inacabable relato del Derecho Internacional Privado.

Montevideo, 14 de Octubre de 2010