

BASES PARA LOS REGIMENES DE JURISDICCION Y LEY APLICABLE EN LA INTEGRACION DEL MERCOSUR (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

I. Ideas básicas

1. La jurisdicción y la ley aplicable son perspectivas fundamentales en las relaciones jusprivatistas internacionales. Cada tipo de solución de la problemática de los casos jusprivatistas internacionales, más territorialista, extraterritorialista o “no territorializada” (1), significa un diferente **sistema jurisdiccional y de ley aplicable**. En definitiva, cada tipo de solución proyecta su sentido a todas las perspectivas de la materia. Así, por ejemplo, las soluciones territorialistas extremas del “Derecho Privado común”, que aplican la ley local indiscriminadamente a casos nacionales e internacionales, exigen un sistema de jurisdicción no dependiente de la autonomía de las partes y exclusivo del propio país cuya ley ha de aplicarse y llevar a restringir el auxilio judicial internacional y el reconocimiento y la ejecución de las sentencias, las resoluciones administrativas y los laudos que no provienen del mismo país. En cambio, la extraterritorialidad limitada que constituye el núcleo del Derecho Internacional Privado, de modo que se aplica a cada caso el Derecho con el que resulta más vinculado, requiere un sistema jurisdiccional generoso pero no diluido, más auxilio judicial internacional y mayores posibilidades de reconocimiento y ejecución de los pronunciamientos extranjeros. Es por ese sentido sistemático que la no admisión del divorcio vincular en la ley 2.393 fue acompañada de nuestra jurisdicción exclusiva para los matrimonios domiciliados en el país, rígidamente defensora de la intervención argentina para resguardar esa indisolubilidad, y de proyecciones de orden público que restringían también las posibilidades procesales internacionales.

Por el contrario, un trámite de **integración**, como el que ahora encaramos en el Mercosur, requiere un sistema concordante, con pautas jurisdiccionales, de ley aplicable y de apoyo procesal adecuadas a la aproximación entre los países que significa la integración.

(*) Comunicación presentada por el autor a las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

(**) Investigador del CONICET. Director del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(1) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado (hoy Fundación para las Investigaciones Jurídicas), 1978.

2. La **integración** se sitúa en un nivel intermedio entre la mayor "distancia" cultural de la internacionalidad y la menor "distancia" de la constitución de un nuevo territorio común y como tal ha de ser resuelta. Las soluciones integradoras significan el surgimiento de una relativa territorialidad. Si la internacionalidad en sentido estricto significa **diferenciación**, la nueva territorialidad absoluta correspondería en cierto sentido a la "**Indiferencia**" y la integración muestra una disminución de la diferenciación, sin llegar a la indiferencia. Quizás sea útil decir que en la integración hay cierta "**asimilación**". Los países partes de un proceso de integración no forman una unidad, pero son **relativamente intercambiables**.

La integración requiere una mayor **concreción** que la internacionalidad que, en cambio, está más difundida y es más "abstracta". Los requerimientos de justicia que en lo internacional llevan a una mayor rigidez en la elección jurisdiccional y legal, aquí ceden en aras de lograr más **eficacia**. La intercambiabilidad y la eficacia necesitan más **simplicidad**.

La integración significa, en profundidad, dinamizar la **justicia** con un aporte de **utilidad**, con el que se "acortan" las relaciones entre medios y fines, aunque la nueva dinámica no debe descuidar los requerimientos de **seguridad**.

Como todo fenómeno jurídico, la integración ha de plantearse con alcances **tridimensionales**, llegando a constituir de cierto modo, como lo indica la teoría trialista del mundo jurídico, un nuevo orden de repartos, un nuevo ordenamiento normativo y, al fin, un régimen más justo y humanista que el de los países integrados en particular (2). Análogamente a lo que ocurre en todo fenómeno jurídico, entre los graves riesgos de la integración están sus desviaciones sociologistas, normativistas o utópicas.

La integración ha de abarcar todos los **niveles** del mundo jurídico, constitucionales, legislativos, administrativos y judiciales, y ha de referirse a los diversos despliegues de la **temporalidad**, de pasado, presente y futuro. Existe cabalmente cuando se alcanzan, por ejemplo, una historia y una prospectiva comunes. En el sentido del pasado común se ha de brindar atención al reconocimiento de los derechos adquiridos.

3. En el marco de nuestra materia, el despliegue de la problemática integradora ha de referirse a las cuestiones de la parte general y la parte especial del Derecho Internacional Privado.

En cuanto a los problemas de la **parte general**, la integración debe reconocerse como un fenómeno relacionado con el Derecho Internacional Privado, pero diverso de él. Se trata, en nuestro caso, del **Derecho Comunitario Privado** (3), que puede valerse del Derecho Internacio-

(2) Respecto de la perspectiva tridimensional, sobre todo en la versión de la teoría trialista del mundo jurídico, pueden v. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs.As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs.As., Depalma, 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-84.

(3) Acerca del Derecho Comunitario en general pueden v. por ej. MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco, "Manual de Derecho de la Comunidad Europea", 2a. ed., Madrid, Trivium, 1990; "Répertoire de Droit Communautaire", publicado bajo la dirección de Christian GAVALDA, Robert KOVAR, Joël BÉCAM y Annick BERNARD, París, Dalloz, 1992 (y actualización hasta 1993); TALLON, Denis, "Communautés Européennes (Droit)", en "Répertoire de Droit International", publicado bajo la dirección de Ph. FRANCESCAKIS, París, Dalloz, t. I, 1968, págs. 390 y ss.

nal Privado e incluso del Derecho Privado Internacional, pero al fin no es puramente "internacional".

Con referencia a los **métodos constitutivos** de la materia, la integración desplaza en parte los fundamentos del método indirecto y sus secuelas, el método analítico analógico (o analítico privatista) y el método sintético judicial. En la integración gana legitimidad el método directo pero, con un sabio criterio (no siempre expresado con terminología precisa), la Comunidad Económica Europea adopta la finalidad de aproximar las legislaciones nacionales **en la medida necesaria** al funcionamiento del Mercado común (4).

Respecto de las **fuentes**, la integración requiere la uniformación del Derecho de fuente interna, básicamente del Derecho Internacional Privado pero también del Derecho Interno, e incluso la elaboración de tratados y la producción de derecho derivado que unifiquen los dos niveles del Derecho, el internacional y el interno. Es más, en la integración avanza la legitimidad de las sentencias dictadas como soluciones materiales para los casos internacionales. La integración depende en mucho de la intervención judicial, de modo que adquiere especial relieve el problema **jurisdiccional**, a resolver con criterios que aseguren el acceso a tribunales eficaces para todas las partes. También necesita un fuerte desarrollo contractual.

Quizás pueda sostenerse que de cierto modo en la integración es más legítimo que el problema de la **cuestión previa** sea resuelto en términos de jerarquización, ya que -como hemos señalado- la asimilación entre los países debilita los fundamentos del método analítico analógico que llevan a la equivalencia de los problemas concatenados.

En la medida que se vale legítimamente más de la autonomía de las partes, la integración disminuye la configuración y el rechazo del **fraude a la ley**. La mayor movilidad comunitaria exige poner especial cuidado en la solución del problema del "**cambio de estatutos**", que adquiere particular relieve, y -en cambio- el fenómeno integrador genera un clima hostil a la complejidad de la problemática del **reenvío**. La integración conduce a disminuir las barreras del **orden público**.

Con referencia a la **parte especial** y en cuanto a los puntos de conexión en particular, los procesos de integración suelen significar la necesidad de una relativa "**superficialización**" de los contactos, de cierto modo porque se piensa que los Derechos son de alguna manera intercambiables. Esto quiere decir, por ejemplo, que entre los puntos de conexión personales el domicilio puede ser reemplazado por la "residencia habitual"; entre los conductistas gana espacio la autonomía conflictual y entre los puntos de conexión reales la atención al lugar de situación tiende a ser reemplazada por el lugar de registración.

4. Las características señaladas de asimilación, concreción y eficacia en la integración exigen mayor **uniformidad** en las soluciones y mayor **autonomía** de las partes en cuanto a jurisdicción y a ley aplicable -incluso con proyecciones arbitrales y de autonomía material-; más auxilio procesal y mayores posibilidades de reconocimiento y ejecución extraterritoriales de los pronunciamientos judiciales, administrativos y arbitrales. Dado el tema de esta Comisión, hay

(4) V. TALLON, op. cit., pág. 420.

que desarrollar las exigencias integradoras de uniformidad, autonomía y eficacia acerca de la **jurisdicción y la ley aplicable**.

II. La jurisdicción y la ley aplicable en el Mercosur

5. Las reglas de jurisdicción y ley aplicable en el Mercosur son diversas, al punto que hasta el presente estamos lejos de contar al respecto con una comunidad en el marco jusprivatista. Si bien resultan especialmente relevantes las normas de los Tratados de Montevideo de 1939-1940 -que vinculan a tres de los países del Acuerdo- e incluso cabe tomar en consideración las convenciones de las CIDIP -muchas ratificadas por Argentina, Paraguay y Uruguay- es muy significativo el apartamiento en que respecto de ambas obras colectivas se encuentra todavía Brasil (5).

Si bien Argentina, Paraguay y Uruguay tienen sus propios criterios particulares, las posiciones de los tres países han coincidido significativamente en los **Tratados de Montevideo de 1939-40**, de modo que cuando los casos corresponden al marco tripartito deben resolverse según ese Derecho convencional. En cambio, en las relaciones de estos países con Brasil han de imperar las reglas de **fuentes internas**.

El estudio con miras a la asimilación integradora de los cuatro países podría encararse tomando en cuenta las bases de dichos Tratados y del Derecho de fuente interna brasileño. Trabajar con los Tratados de Montevideo no significa desconocer que por "debajo" de ellos pueden existir otras posibilidades de coincidencia, principalmente en base a criterios positivizados en algunos países de la región, que pueden hacer más viable el acuerdo y, para mostrar esta otra vía, señalaremos algunos puntos en común del Derecho de fuente interna brasileño con el argentino. No hay que desconocer que algunas soluciones de los Tratados de Montevideo son poco afines con las características del Derecho Comunitario Privado.

Aunque hay coincidencia básica de los Tratados y el Derecho brasileño en cuanto a cierto alcance de la jurisdicción del domicilio del demandado y en la aplicación de la ley domiciliaria, existen algunas discrepancias relevantes. Presentaremos varios casos, especialmente vinculados al carácter civil de estas Jornadas.

Según el artículo 56 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1939-40 las acciones personales deben entablarse ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio, aunque podrán entablarse igualmente ante los jueces del domicilio del demandado; conforme al artículo 64 las acciones reales deben ser deducidas ante los jueces del

(5) Acerca de las reglas básicas del Derecho Internacional Privado brasileño v. por ej. "Código Civil", São Paulo, Riedel, 1991; VALLADAO, Haroldo (Professor), "Direito Internacional Privado", Rio de Janeiro, Freitas Bastos (eds. vs.); CASTRO, Amílcar de, "Direito Internacional privado", 3a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1977, esp. págs. 105 y ss.; TENORIO, Oscar, "Direito Internacional privado", 11a. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1976, esp. t. I, págs. 83 y ss.; STRENGER, Irineu, "Direito Internacional Privado", 2a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, esp. págs. 54 y ss. Respecto de la obra de la CIDIP y la participación de los países del Mercosur, v. por ej. KALLER DE ORCHANSKY, Berta, "Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado" con la colaboración de Adriana Dreyzin de Klor y Amalia Urlondo de Martinoli, Bs.As., Plus Ultra, 1991, págs. 32 y ss.; BOGGIANO, Antonio, "Derecho Internacional Privado", Bs.As., Depalma, 1988, esp. t.III; GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho Internacional Privado", 6a. ed., Bs. As., Depalma, 1988.

lugar en el cual existan las cosas sobre las que recaigan. De acuerdo con el artículo 12 de la Ley brasileña “É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação. ... 1º Só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil.”

De acuerdo con el Tratado (art.1) “La existencia, el estado y la capacidad de las personas físicas, se rigen por la ley de su domicilio.” A su vez, el art.7 de la Ley de Introducción al Código Civil Brasileño dice “A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.”

Pese a la coincidencia básica domiciliaria, cabe recordar que el artículo 13 del Tratado somete la capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez del mismo a la ley del lugar de celebración, dejando a salvo la posibilidad de no reconocimiento de los matrimonios en que hubiesen mediado los impedimentos que se especifican de falta de edad, parentesco, crimen o ligamen. En cambio, el artículo 7 de la Ley brasileña expresa: “1º Realizando-se o casamento no Brasil, será aplicada a lei brasileira quanto aos impedimentos dirimentes e às formalidades da celebração. ... 2º O casamento de estrangeiros poderá celebrar-se perante autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os nubentes. ... 3º Tendo os nubentes domicílio diverso, regerá os casos de invalidade do matrimônio a lei do primeiro domicílio conjugal.”

Pese a cierta coincidencia domiciliaria en cuanto a los efectos personales del matrimonio, el Tratado establece que las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal (artículo 16), en tanto la Ley brasileña dice en la regla fundamental respectiva, contenida en el párrafo 4 del artículo 7 “O regime de bens, legal ou convencional, obedece à lei do país em que tiverem os nubentes domicílio, e, se este for diverso, à do primeiro domicílio conjugal.”

En materia de bienes hay una coincidencia básica en cuanto a la aplicación de la ley del lugar de su situación, surgida respectivamente de los artículos 32 del Tratado y 8 de la Ley. Sin embargo, ésta agrega: “1º Aplicar-se á lei do país em que for domiciliado o proprietário, quanto aos bens móveis que ele trazer ou se destinarem a transporte para outros lugares. ... 2º O penhor regula-se pela lei do domicílio que tiver a pessoa, em cuja posse se encontre a coisa apenhada.” En este caso, por ejemplo, cabe tener en cuenta la proximidad de la norma brasileña con la del artículo 11 de nuestro Código Civil.

De acuerdo con el artículo 44 del Tratado la sucesión se rige por la ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios al tiempo de la muerte del causante. En cambio, conforme al artículo 10 de la Ley brasileña “A sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que era domiciliado o defunto ou desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens. ... 1º A vocação para suceder em bens de estrangeiro situados no Brasil será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge brasileiro e dos filhos do casal, sempre que não lhes seja mais favorável a lei do domicílio. ...2º A lei do domicílio do herdeiro ou legatário regula a capacidade para suceder.” También aquí hay una mayor afinidad con nuestro Derecho de fuente interna.

En base al artículo 37 del Tratado los contratos se rigen por la ley del lugar de su cumplimiento, solución que guarda afinidad con el rechazo genérico de la autonomía contenido en el artículo 5 del Protocolo Adicional. En este caso, la solución de los Tratados es claramente diferente de las características que ha de tener un Derecho Comunitario. En cambio, de acuerdo con el artículo 9 de la Ley brasileña, que no excluye la autonomía de las partes (6), “Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se a lei do país em que se consituírem.” y -es legítimo recordarlo- en nuestro Derecho de fuente interna el artículo 1.205 del Código Civil contiene, sin perjuicio de la consagración consuetudinaria de la autonomía, una disposición análoga a la brasileña (que ha de sistematizarse, sí, con los artículos siguientes).

Una referencia muy especial con miras a la elaboración de las posibles fuentes del Derecho Comunitario Privado del Mercosur corresponde al **Derecho de las Comunidades Europeas** (7).

De modo particular cabe tener en cuenta el Convenio de Roma de 1980 sobre obligaciones contractuales que, con sus recursos básicos a la autonomía de las partes y a la ley del país con el que el contrato posea vínculos más estrechos, evidencia las características del Derecho Comunitario señaladas precedentemente (8).

El camino del Derecho Comunitario Privado no es fácil, basta recordar que al comentar la entrada en vigor del Convenio de Roma, el 1º de abril de 1991, Paul Lagarde recordaba que fueron necesarios diez años para elaborar el instrumento y también se necesitaron muchos años para su entrada en vigor (9). Tampoco hay que suponer que el imprescindible desarrollo del Derecho Comunitario Privado signifique prescindir de otras vías de acuerdos entre los Estados, como serían en nuestro caso las CIDIP o la Conferencia de La Haya (10).

6. Estimamos asimismo conveniente que los estudios que vienen realizándose con miras al desarrollo del Derecho Comunitario Privado se complementen con Jornadas Comunitarias de Derecho Civil y que se constituyan, con urgencia, todos los órganos judiciales y de colaboración jurisdiccional que requiere el proceso integrador, incluso a niveles provinciales.

(6) V. VALLADAO, op. cit., t. I, 4a. ed., 1974, págs. 353/354; t. II, 2a. ed., 1977, págs. 184/185.

(7) Pueden v. por ej. FERNANDEZ ROZAS, José Carlos - SANCHEZ LORENZO, Sixto, “Curso de Derecho Internacional Privado”, Madrid, Civitas, t. I, 1991, esp. págs. 227 y ss. y las informaciones que respecto al tema suele brindar la “Revue critique de droit international privé”.

(8) Pueden c. v. gr. GONZALEZ CAMPOS, Julio D. - FERNANDEZ ROZAS, José Carlos - CALVO CARAVACA, Alfonso L. VIRGOS SORIANO, Miguel - AMORES CONRADI, Miguel A. - DOMINGO LOZANO, Pilar, “Derecho Internacional Privado - Parte especial”, Madrid, Centro Ramón Carande, 1993, págs. 195 y ss.; LAGARDE, Paul, “Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980”, en “Revue...” cit., t. 80, págs. 287 y ss.

(9) LAGARDE, op. cit., págs. 288/289. V. además FERNANDEZ ROZAS - SANCHEZ LORENZO, op. cit., págs. 245/246.

(10) V. por ej. FERNANDEZ ROZAS - SANCHEZ LORENZO, op. cit., págs. 243/244.