DOS NUEVAS CONVENCIONES DE LA CIDIP (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

Como estaba previsto, del 14 al 19 de marzo de 1994 sesionó en la ciudad de México la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado. En el curso de la reunión se aprobaron la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores. Sin perjuicio de las consideraciones que dichas convenciones merecerán en el porvenir, creemos oportuno dar una somera reseña de sus contenidos y hacer algunas observaciones al respecto.

I

La Convención sobre **Derecho Aplicable a los Contratos** tomó como base el proyecto preparado por la Reunión de Expertos sobre Contratación Internacional celebrada en Tucson, Arizona, del 11 al 14 de noviembre de 1993. A su vez, guarda importantes afinidades con la Convención sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de las Comunidades Europeas de 1980 (Convención de Roma) (1) e incluso con la Convención de La Haya sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (ley 23.916 - ADLA, LI-B, págs.1703 y ss.).

La Convención abarca un preámbulo y seis capítulos: I - Ambito de aplicación, arts. 1 a 6; II - Determinación del Derecho aplicable (arts. 7 a 11); III - Existencia y validez del contrato (arts. 12 y 13); IV - Ambito del Derecho aplicable (arts. 14 a 18); V - Disposiciones generales (arts. 19 a 24) y VI - Cláusulas finales (arts. 25 a 30).

El preámbulo de la Convención reconoce los ideales de desarrollo progresivo y codificación del Derecho Internacional Privado, de armonización de las soluciones del comercio

(*) Notas para una clase en el curso de Derecho Internacional Privado Profundizado de la Maestría en Filosofía del Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

El autor agradece la valiosísima colaboración del profesor doctor Gualberto Lucas Sosa quien, al remitirle la documentación respectiva, hizo posible la preparación de este trabajo. Sirva el mismo de homenaje a su alta calidad académica y humana.

(**) Investigador del CONICET. Director de la Maestría en Filosofía del Derecho Privado.

(1) V. "Revue critique de droit international privé", t.80, n°2, avril-juin 1991, págs. 416 y ss.

internacional y de integración regional y continental, buscando con miras a este proceso la remoción de las diferencias del marco jurídico de la contratación internacional.

El artículo 1 establece que se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte. El artículo 2 indica que el Derecho designado por la Convención se aplicará también cuando tal Derecho sea el de un Estado no Parte. De acuerdo con el informe del relator de la Comisión, profesor Louis Perret (de Canadá), la Comisión acordó que el concepto de contratos internacionales a que se refieren los arts. 1 y 3 incorpora las declaraciones unilaterales de voluntad. El artículo 4 de la Convención dispone que a los efectos de la interpretación y aplicación de la Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación.

El artículo 5 excluye del marco de la Convención las cuestiones de estado civil y capacidad, las obligaciones que tuvieren como objeto principal cuestiones sucesorias y de familia, las obligaciones provenientes de títulos de crédito y de la comercialización de títulos en los mercados de valores, los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro y las cuestiones de derecho societario. Según el artículo 6 la Convención no se aplicará a los contratos que tengan una regulación autónoma en el Derecho convencional internacional vigente entre los Estados.

El artículo 7 consagra la autonomía de las partes para elegir el Derecho aplicable. El acuerdo debe ser expreso o desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales consideradas en su conjunto. La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del Derecho aplicable. Según el artículo 8, las partes podrán cambiar el Derecho aplicable, pero la modificación no afectará la validez formal del contrato ni los derechos de terceros.

De acuerdo con el artículo 9, no mediando ejercicio eficaz de la autonomía de las partes el contrato se regirá por el Derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el Derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos y también tomará en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales, entendiéndose en la Comisión, según el informe del relator, que este concepto incorpora todos los elementos de la "lex mercatoria". Incluso, si una parte del contrato fuera separable del resto y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a dicha parte.

Según el artículo 10, además de lo ya dispuesto se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.

De acuerdo con el artículo 11 se aplicarán, no obstante, las disposiciones del Derecho del foro cuando tengan carácter imperativo e incluso, a discreción del foro, cuando lo considere pertinente, se aplicarán las disposiciones imperativas del Derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.

Según el artículo 12, la existencia y la validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, así como la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del Derecho aplicable, se regirán por la norma que corresponda conforme con el capítulo segundo (arts. 7 a 11). Sin embargo, para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez deberá determinar el Derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte.

De acuerdo con el artículo 13 un contrato celebrado entre partes que se encuentren en el mismo Estado será válido, en cuanto a la forma, si cumple con los requisitos establecidos en el Derecho que rige dicho contrato según la Convención o con los fijados en el Derecho del Estado en que se celebre o con el Derecho del lugar de su ejecución. A su vez, si las personas se encuentran en Estados distintos en el momento de la celebración del contrato, éste será formalmente válido si cumple con los requisitos establecidos en el Derecho que rige según la Convención en cuanto al fondo o con el Derecho de uno de los Estados en que se celebra o con el Derecho del lugar de su ejecución. Las indicaciones favorables a la validez formal del contrato que remiten al Derecho del lugar de ejecución surgieron del trabajo en Comisión.

El artículo 14 indica que el Derecho aplicable regulará principalmente la interpretación del contrato, los derechos y las obligaciones de las partes, la ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento, los diversos modos de extinción de las obligaciones, incluyendo la prescripción y la caducidad de las acciones y las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato. Conforme al artículo 16, el Derecho del Estado donde deban inscribirse o publicarse los contratos internacionales regulará todas las materias concernientes a la publicidad de aquéllos.

Según el artículo 17, se entenderá por Derecho el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes y, de acuerdo al artículo 18, el Derecho designado por la Convención sólo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro.

Conforme al artículo 20, la Convención no afectará la aplicación de otros convenios Internacionales que contengan normas sobre el mismo objeto en los que un Estado Parte es o llegue a ser parte, cuando se celebren dentro del marco de los procesos de integración.

Como es habitual, se cumple en contemplar, en diversos artículos, las situaciones de los Estados con diferentes sistemas jurídicos territoriales. También de acuerdo con el criterio habitual, el artículo 28 establece que la Convención entrará en vigor para los Estados ratificantes el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación o el trigésimo día a partir del depósito de los sucesivos instrumentos de ratificación o adhesión.

Entendemos que pese a algunas observaciones de detalle, como la posibilidad desaprovechada de simplificar el artículo 13 mediante una redacción única que abarcara los dos párrafos y la discutible referencia “mínima” al Derecho interno, que conduce a la exclusión de todo reenvío, la Convención refleja adecuadamente el sentido de las soluciones contractuales en un marco de relativa integración y de practicidad, en que el Derecho Internacional Privado clásico

va siendo reemplazado por el Derecho Privado Internacional e incluso el Derecho Privado de la Integración (2). Es en este sentido que se comprenden, por ejemplo, el pasar por sobre los puntos de conexión más abstractos refiriéndose con sentido más concreto al Derecho del Estado con el cual el contrato tenga los vínculos más estrechos o, incluso, el rechazo del reenvío.

Pese a que la cuestión es discutida, a nuestro parecer es acertado el segundo párrafo del art. 12 en cuanto dispone que para establecer que una parte no ha consentido debidamente se determinará el Derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte y no atendiendo al contacto según el cual se rigen la existencia y la validez del contrato o de sus disposiciones y la validez sustancial del consentimiento respecto a la elección del Derecho aplicable.

Con la presente Convención se presenta una vez más la importante cuestión acerca de la conveniencia de dejar abiertas diversas vías, por ejemplo de las Conferencias Interamericanas y de la Conferencia de La Haya, en las que suelen elaborarse acuerdos de contenidos muy semejantes, o unificar los cauces respectivos (3). A nuestro parecer, resultaría conveniente el mantenimiento de los dos cursos, ya que las realidades americanas y sobre todo latinoamericanas pueden tener particularidades significativas.

II

La Convención sobre **Tráfico Internacional de Menores** tomó como base el Relatorio del Grupo de Expertos sobre Tráfico Internacional de Menores reunido en Oaxtepec (Morelos), México, del 13 al 17 de octubre de 1993(4). Además se tuvieron en cuenta los lineamientos generales relacionados con un Proyecto de Convención Interamericana para la represión del tráfico internacional de menores (aprobado por el Comité Jurídico Interamericano el 25 de agosto de 1993) y el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (La Haya, 1993) (5).

La Convención se constituye con un preámbulo y cuatro capítulos: I - Nociones generales (arts. 1 a 6); II - Aspectos penales (arts. 7 a 11); III - Aspectos civiles (arts. 12 a 22) y IV - Cláusulas finales (arts. 23 a 35).

El preámbulo fija las líneas principales de la Convención destacando la importancia de asegurar una protección integral y efectiva del menor, que el tráfico internacional de menores constituye una preocupación universal y que es importante la cooperación internacional para

(2) Puede v. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Aspectos filosóficos del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo", en "Jurisprudencia Argentina", 9/III/1994.

(3) Es posible v. GARRO, Alejandro M., "Armonización y unificación del Derecho Privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades", en "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones", año 25, págs. 301 y ss.

(4) Puede v. por ej. la publicación de la Unidad de Asuntos Jurídicos del Instituto Interamericano del Niño. "Reunión de Expertos sobre Tráfico de Niños - Preparatoria de la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado", Montevideo, 1994.

(5) Acerca de la Convención celebrada en La Haya el 29 de mayo de 1993 puede v. "Conférence de La Haye de droit international privé. Nouvelles conventions (1951-1993). État des signatures et des ratifications au 1er mars 1994", en "Revue..." cit., t.83, n°1, janvier-mars 1994, pág.226 - "Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale".

lograr una eficaz protección del interés superior del menor.

Según el artículo 1, el objeto de la Convención, con miras a la protección de los derechos fundamentales y el interés superior del menor, es la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como la regulación de los aspectos civiles y penales del mismo. Se destacan las obligaciones de instaurar un sistema de cooperación jurídica que prevenga y sancione el tráfico internacional de menores y de asegurar la pronta restitución de los menores víctimas del tráfico internacional a los Estados de su residencia habitual, teniendo en cuenta su interés superior.

El artículo 2 indica que “menor” es todo ser humano de edad inferior a dieciocho años; “tráfico internacional de menores” significa sustracción, traslado o retención de un menor con propósitos o medios ilícitos o las tentativas respectivas; “propósitos ilícitos” incluyen, entre otros, prostitución, explotación sexual, servidumbre y a su vez “medios ilícitos” incluyen, entre otros, secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr consentimiento de las personas o instituciones a cuyo cargo se halla el menor.

El artículo 4 se refiere a la cooperación de los Estados Partes con los Estados no Parte en la prevención y sanción del tráfico internacional de menores y en la protección y cuidado de los menores víctimas del hecho ilícito.

Conforme al artículo 5 se establece la designación de Autoridades Centrales, que podrán ser más de una en caso de Estados federales y, de acuerdo al artículo 6, se procurará que los procedimientos de aplicación de la Convención permanezcan confidenciales en todo momento.

Según el artículo 7, los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas eficaces para prevenir y sancionar severamente el tráfico internacional de menores. De acuerdo con el artículo 10 la Convención puede llegar a servir como base jurídica para la extradición en caso de tráfico internacional de menores.

Conforme al artículo 12 la solicitud de localización y restitución del menor derivada de la Convención será promovida por aquellos titulares que establezca el Derecho del Estado de la residencia habitual del menor.

De acuerdo con el artículo 18, las adopciones y otras instituciones afines constituidas en un Estado Parte serán susceptibles de anulación cuando su origen o fin fuere el tráfico internacional de menores. En la acción de anulación se tendrá en cuenta el interés superior del menor, detallándose en el informe del relator de la Comisión, el delegado de Costa Rica Hermes Navarro, que se prescindió de la consideración de la buena fe de los adoptantes para que este elemento subjetivo no distorsionara lo relativo al interés superior del menor. La anulación se someterá a la ley y a las autoridades del Estado de constitución de la adopción o de la institución de que se trate. Según el artículo 19 la guarda o custodia serán susceptibles de revocación cuando tuvieren su origen o fin en el tráfico internacional de menores, en las mismas condiciones del artículo anterior.

De acuerdo con el párrafo final del artículo 21 (que en los dos primeros párrafos contempla problemas de costas) la autoridad competente o cualquier persona lesionada podrá entablar acción civil por daños y perjuicios contra los particulares o las organizaciones responsables del

tráfico internacional del menor.

El artículo 23 indica que los Estados Partes podrán declarar que se reconocerán y ejecutarán las sentencias penales dictadas en otro Estado Parte en lo relativo a la indemnización de los daños y perjuicios derivados del tráfico internacional de menores.

También en esta Convención se considera la situación de los Estados con diversos sistemas jurídicos. Los Estados Partes podrán declarar que en ellos no se podrá oponer en juicio civil excepción o defensa alguna que tienda a demostrar la inexistencia del delito o irresponsabilidad de una persona, cuando exista sentencia condenatoria ejecutoriada por este delito, pronunciada en otro Estado Parte y la Convención no se interpretará como restricción de prácticas o tratados más favorables entre los Estados Partes o de acuerdos fronterizos más expeditos para la localización y restitución de menores.

Reglas jurisdiccionales y procesales complementan las soluciones básicas referidas. También en este caso se establece, en el artículo 33, que la Convención entrará en vigor para los Estados ratificantes el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación o el trigésimo día a partir del depósito de los sucesivos instrumentos de ratificación o adhesión.

El problema incrementado en nuestros días y para muchos novedoso del tráfico internacional de menores -distinto de la adopción internacional, aunque a veces relacionado con ésta- muestra cómo el sistema capitalista, guiado por el predominio del valor utilidad, puede llegar a excesos de comercio de personas relativamente análogos a la esclavitud de la que se deshizo, sobre todo, por razones de agilidad de las vinculaciones económicas. También exhibe la profunda interrelación de las ramas del mundo jurídico (que debe estudiar la "Teoría General del Derecho" como sistema jurídico) incluyendo, en vinculación muy estrecha, cuestiones penales y civiles.

En la Comisión se discutió acerca de la conveniencia de incluir un artículo que permitiese a los Estados Parte dejar sin efecto el capítulo relativo a los aspectos penales, pero en la votación se impuso la posición de descartarlo. El informe del relator dice "Diferentes delegaciones que votaron a favor de eliminar la referencia expresa, justificaron su posición en el sentido de que se había buscado a través de las deliberaciones el consenso de las delegaciones en relación a los aspectos penales y que por lo tanto, era preferible dejar a la institución de las reservas a los tratados internacionales la solución de este tema, pero de ninguna manera establecer expresamente en la Convención la alternativa de alejarse de un capítulo de la misma." (pág.12). La presencia de un tema como éste, con un aspecto penal, en el Derecho Internacional Privado evidencia que en torno al núcleo de la materia se ubican múltiples cuestiones que hacen a su más justo desarrollo. Precisamente el relativo fracaso de las soluciones civiles ha llevado a buscar respuestas en el campo penal.

También importa tener en cuenta que las ramas del mundo jurídico se relacionan pero a su vez se diferencian, debiendo ser consideradas al fin en una "complejidad pura", de modo que en nuestro caso compartimos la opinión de que el tráfico de niños no ha de ser mezclado con la problemática del Derecho de Familia (por ej. en cuanto a la adopción, ya mencionada, o al abuso

del derecho de visita).

Esta Convención se relaciona, además, con la Convención Interamericana de Restitución de Menores de la CIDIP IV y con la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores. En cuanto a la colaboración fronteriza se tuvo en cuenta la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias (6).

III

Las dos Convenciones referidas corresponden, respectivamente, a los dos niveles en que se desenvuelve la vida internacional de nuestro tiempo. La que trata del Derecho Aplicable a los Contratos evidencia el mundo "**desarrollado**", vinculado a los países "**centrales**". La que se enfrenta el Tráfico Internacional de Menores muestra otro mundo, el de las realidades **marginales**, que a menudo se debaten en la miseria. No es por azar que uno de estos mundos se expresa a través de un Derecho Privado cada vez más simplificado y el otro al hilo de un régimen con importantes despliegues de Derecho Penal. Se presenta así, una de las grandes tensiones de la época que nos toca vivir.

(6) Asimismo, en vinculación con el tema puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Convención Interamericana de los Derechos del Niño. Su aplicación en el Derecho interno argentino", en "Investigación..." cit., N°22, págs.13 y ss.