

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LOS CONTRATOS EN GENERAL EN EL MERCOSUR (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

1. Tres de los países del Mercosur estamos unidos por los Tratados de Montevideo. Sin embargo, una cuestión que merece ser considerada es si estos tratados, elaborados para un Derecho Internacional Privado "entre Estados" **diferenciados** conservan su vigencia en un proceso de **integración** como el Mercosur. Aunque la solución provoca grandes dudas, merece ser tenido en cuenta que ahora nos encontramos en un proceso que cambia fundamentalmente la realidad y que las soluciones que contienen los Tratados, opuestas a la autonomía de las partes para elegir el Derecho aplicable y basadas en el punto de conexión lugar de cumplimiento (1), no corresponden a la nueva situación que nos toca vivir. Quizás pueda sostenerse que en materia de Derecho aplicable a los contratos en general (no por ejemplo en cuanto a régimen matrimonial, porque no hay conflicto con el espíritu de la integración) existe una **carencia histórica por novedad jurídica** (2).

Sea cual fuere la respuesta a la cuestión que antecede, vale tener en consideración que Brasil no está vinculado por los Tratados de Montevideo y que el Derecho Internacional Privado de fuente interna de los cuatro países presenta soluciones en ciertos sentidos discordantes. Aunque no existiera una carencia histórica por novedad jurídica habría una **relativa carencia dikelógica** que, si bien no llegaría a legitimar el abandono de las soluciones positivas por los jueces, exigiría el dictado de nuevas normas.

Creemos que así como la Unión Europea se ha valido de la Convención de Roma, el Mercosur debe contar con una respuesta comunitaria para el Derecho aplicable a los contratos. En cuanto a la reciente Convención de la CIDIP V acerca del tema, que podría resolver el problema desde un marco más amplio, compartimos las observaciones que se le han formulado en las III Jornadas Argentinas de Derecho Internacional Privado que no la harían, por lo menos por el momento, idóneas para tal fin (3).

(*) Ideas básicas de una disertación del autor en la Filial Córdoba del Instituto de Derecho Internacional Privado de la Universidad Notarial Argentina.

(**) Profesor titular de Derecho Internacional Privado Profundizado en la Maestría en Filosofía del Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la U.N.R.

(1) Puede c. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho Internacional Privado", 6a. ed., Bs. As., Depalma, 1988.

(2) Acerca de la teoría triálista del mundo jurídico, en que se basa el trabajo, pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-84; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976.

(3) En relación con el tema del Derecho Internacional Privado de los contratos en el Mercosur, pueden v. las referencias, de menor y mayor amplitud, que hicimos en las comunicaciones que presentamos en las III Jornadas Argentinas de Derecho Internacional Privado y en el II Encuentro de Especialistas en el Mercosur.

2. Entendemos que para la elaboración de la respuesta comunitaria "mercasureña" hay suficiente consenso en tomar en cuenta como referencia básica la autonomía de las partes, pero creemos que corresponde hacer un análisis detallado de las exigencias de la integración, del significado de los contratos en ese marco y de las soluciones que debe brindar nuestra materia.

Desde el punto de vista de la **dimensión sociológica**, a diferencia de los procesos imperiales, la integración significa ampliación del marco de referencia sobre bases más **autónomas** y **ejemplares**, menos autoritarias y de planificación gubernamental en marcha. En general, la integración se efectúa a través de la vida económica y de la vida privada, no con la marcha de los ejércitos que caracterizó a otros cursos de acercamiento.

En ese marco de autonomía y ejemplaridad, el contrato debe tener amplio desarrollo. El Derecho que ha de aplicársele -sin perjuicio de la preservación que corresponda de los intereses generales y de orden público- ha de decidirse por la autonomía material o conflictual de las propias partes, con referencias subsidiarias de nivel "legislativo" más vinculadas al lugar de celebración -que da cierto espacio amplio a la autonomía de las partes para elegirlo- y al reconocimiento orientado del Derecho más vinculado a cada caso. La orientación para encontrar este Derecho más vinculado al caso -brindada por la Convención de Roma y faltante en la obra de la CIDIP V- es necesaria para que no se introduzca una inseguridad insoportable para las partes.

En cuanto a la **dimensión normológica**, la integración suele significar una permanente **negociación** que a veces constituye nueva institucionalidad. En este ámbito de integración el marco de las fuentes de nuestra materia cambia acentuadamente, de modo que el instrumental tradicional de leyes, tratados y sentencias -ya en crisis en lo internacional- se ve aquí especialmente incrementado por el protagonismo de los **contratos** y el incremento del papel de los tratados y de las sentencias. Para que el protagonismo de los contratos y de las sentencias sea posible se necesitan las soluciones internacionales de autonomía y de referencia concreta que hemos señalado.

Desde la **dimensión dialéctica** la integración requiere una realización de los valores jurídicos en gran medida coadyuvante con el valor **utilidad**. A su vez, significa especiales referencias a la justicia consensual, simétrica (con potencias e impotencias fácilmente comparables), conmutativa (con contraprestación), "parcial", sectorial y particular y el juego de fraccionamientos que excluyendo la injerencia estatal brinden seguridad a las partes.

Diversos factores, entre los que se encuentra la complejidad concreta de los nuevos problemas, hacen que la legitimación de los repartidores de la integración pase en especial medida por la autonomía de las partes. En la integración la propiedad resulta un objeto repartidero de alta significación. A su vez, ha de desenvolverse el humanismo abstencionista y la protección del individuo contra el régimen tiene alta significación.

Desde todas estas perspectivas se advierte la importancia del contrato y es dado reconocer la exigencia de las soluciones internacionales de autonomía material y conflictual de las partes y de referencia orientada al Derecho más vinculado con cada caso que hemos señalado precedentemente.

En el horizonte **político general**, la integración significa un amplio (aunque no excluyente) juego de la política económica resuelta, a su vez, en términos de libertad, y así llegamos nuevamente al amplio papel que han de tener los contratos y a las respuestas internacionales ya referidas.

En el horizonte **histórico**, la integración guarda grandes afinidades con el sentido de la llamada “**postmodernidad**”, en profundidad utilitaria y de cierto modo adherida a los derechos humanos, y también así se encuentra la importancia de los contratos y de las soluciones internacionales de autonomía material y conflictual de las partes y de recurso orientado al Derecho más vinculado con cada caso.