El derecho internacional privado Argentino acerca de la validez de los contratos y la integración

*(Una consideración interdisciplinaria entre Derecho y Economía
en la integración)*

Miguel Angel Ciuro Caldani (*)

"A la memoria de Clóvis do Couto e Silva, maestro del Derecho."

I. Ideas fundamentales

a) El concepto del Derecho Internacional Privado y su relación con la integración

1. Una concepción del Derecho Internacional Privado que creemos acertada y tal vez sea predominante en los círculos científicos argentinos es la que entiende que, según la realidad *actual*, la materia abarca un *complejo* con un "*fondo*" y un *proceso*, a nuestro parecer, cada uno con un "*centro*" y una "*periferia*".

En el "*centro*" del Derecho Internacional Privado de "*fondo*" ubicamos las soluciones del *conflicto de leyes*, que determina siempre, en última instancia, la particularidad de la materia¹. En la "*periferia*" de ese "*centro*" se destacan las soluciones privatistas gubernamentales especiales para los casos mixtos (soluciones gubernamentales

(*) Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Argentina).

¹ Pueden v. nuestros estudios "El Derecho Internacional Privado, rama del mundo jurídico", Rosario, 1965; "Aspectos filosóficos del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo", en "Jurisprudencia Argentina", t. 1994-I, págs. 878 y ss.; "El Derecho Internacional Privado ante los procesos de integración. Con especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998 (otra versión puede c. en "Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional", 14, 1999, págs. 77/136).

"materiales"), el ejercicio de la autonomía material de las partes (que llega a la llamada "autonomía universal") y las normas de aplicación inmediata². En el "*centro*" del ámbito *procesal* se sitúan todas las respuestas a las cuestiones procesales que influyen en el Derecho Internacional Privado de "fondo", sea que resuelvan un conflicto de leyes (Derecho Internacional Privado Procesal) o establezcan soluciones directas (Derecho Procesal Internacional Privado)³. En la "*periferia*" de este despliegue procesal se ubican las cuestiones procesales que afectan a elementos extranjeros pero no al Derecho Internacional Privado de fondo: en la Argentina lo es el fuero especial para los extranjeros (8).

A su vez, el Derecho Internacional Privado es sólo una parte del complejo jurídico en el que debe desarrollarse una *estrategia* jurídica y política en general, abarcando los aspectos internacionales e internos, privados y públicos y el Derecho, la Economía, la Ciencia y la Técnica, etc.⁴. El Derecho aplicable a la validez intrínseca de los contratos en general en el Derecho Internacional Privado argentino, que consideramos en este artículo con especial referencia a la integración, debe ser comprendido al fin no sólo en las perspectivas relativamente "microscópicas" del tema en sí, sino en sus proyecciones "macroscópicas" del panorama del *Derecho Internacional Privado*, el *Derecho* y la *Política* en sus conjuntos. Con un ejemplo cercano cabe señalar que el significado de un régimen jusprivatista internacional de validez intrínseca de los contratos se desenvuelve en profunda relación con el régimen respectivo de solución de controversias.

2. El *desenvolvimiento histórico* del Derecho Internacional Privado responde a cambios muy significativos de la *comunidad internacional* y de la historia, principalmente de la historia de Occidente.

La comunidad internacional *clásica* está formada por una *diversidad de Estados independientes* respetuosos de la independencia de los demás y *relaciones económicas*,

² En este ámbito de entorno, el "*respeto*" al elemento extranjero, característica central del espacio jusprivatista internacional, es sustituido por la "*conformación*" (que se da a los casos mixtos), la "*referencia*" (en la autonomía) y la "*preferencia*" (en las leyes de aplicación inmediata), con reemplazo del método indirecto y la extraterritorialidad por avances de la territorialidad (soluciones materiales y leyes de aplicación inmediata) o de la "no territorialización" (autonomía material) y el método directo (es posible v. nuestro estudio -con colaboración- "Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado", Rosario, Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado -hoy Fundación para las Investigaciones Jurídicas-, 1978).

³ En el Derecho Internacional Privado Procesal, apoyado en la extraterritorialidad y el método indirecto, hay pocas normas, que establecen, v. gr., que las cuestiones materiales se rigen por la "*lex causae*" y las procedimentales por la "*lex fori*". En el Derecho Procesal Internacional Privado, desenvuelto en territorialidad y método directo, figuran los problemas de jurisdicción, auxilio judicial, tratamiento procesal del Derecho extranjero, reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros, etc.

⁴ Es posible c. nuestros artículos "Estrategia jusprivatista internacional en el Mercosur", en "Investigación y Docencia", N° 27, págs. 62 y ss.; "La Teoría General del Derecho, supuesto de la estrategia y la táctica jurídicas", en "Investigación ..." cit., N° 32, págs. 25/6; "Bases para la estrategia en el Derecho, con especial referencia al Derecho Internacional Privado", en "Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social" cit., N° 23, págs. 17/29; "Aportes para el desenvolvimiento del principio de razonabilidad en el Derecho Privado desde la comprensión de la decisión y la estrategia", en "Investigación ..." cit., N° 33, págs. 9/17.

religiosas, científicas, etc. exigentes de una compleja regulación jurídica⁵. Su configuración se produjo desde fines de la Edad Media y comienzos de la modernidad (con su epílogo contemporáneo)⁶.

En ese campo, de la comunidad “juristicista” internacional, se desarrolló la comunidad “*jusprivatista*”, que tuvo uno de sus momentos iniciales más lúcidos cuando, en la Edad Contemporánea, Savigny sostuvo la obligación de aplicar el Derecho más vinculado con cada caso⁷.

En *nuestro tiempo*, la comunidad internacional viene teniendo cambios relevantes, sobre todo, porque las “distancias” vitales entre los Estados se reducen, intensificándose las vinculaciones económicas, científicas y tecnológicas, religiosas, etc., y porque el propio protagonismo de los Estados se debilita frente a los poderes económicos o se “reencauza” en procesos mayores⁸. Cabe expresar que se ha producido cierta “privatización” de la comunidad internacional.

La llamada “*globalización*” -que además importa la *marginalidad* a menudo muy conflictiva de quienes no participan en el sistema económico- y los procesos de *integración* han cambiado sustancialmente la realidad de la comunidad internacional tradicional y se originan por lo menos diversos despliegues, con frecuencia de cierto modo superpuestos, de *internacionalidad*, *globalización/marginación* e *integración*⁹. Podría decirse que tanto se ha desarrollado la internacionalidad que ha generado su “negación”.

3. El Derecho Internacional Privado puede ser considerado no sólo en su despliegue internacional *clásico*, sino en relación con la *globalización/marginación* y con la *integración*. Ni el Derecho Internacional Privado clásico, ni siquiera las áreas periféricas, son en sentido estricto Derecho Privado de la Integración. Los moldes internacionales deben ser “repensados” (no ignorados) para que se produzca la integración. Aunque se conserven incluso las apariencias metodológicas del Derecho Internacional Privado clásico, la

⁵ V. por ej. VERDROSS, Alfred, “Derecho Internacional Público” en colaboración con Karl ZEMANEK, trad. Antonio Truyl y Serra, 4ª. ed., Madrid, Aguilar, 1963, págs. 8 y ss.

⁶ Acerca de la historia del Derecho Occidental pueden v. nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, págs. 25 y ss.

⁷ SAVIGNY, F. C., “Sistema del Derecho Romano actual”, trad. Jacinto Mesía – Manuel Poley, Madrid, Góngora, t. VI, 1879, págs. 137 y ss. (párrafo CCCXLVIII).

⁸ Puede v. nuestra “Filosofía de la parte especial del Derecho Internacional Privado (del tiempo de la ley y el Estado nacional al tiempo del contrato y la empresa)”, en “Investigación ...” cit., N° 26, págs. 20 y ss.

⁹ Es posible v. nuestros estudios “Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica”, en “Investigación ...” cit., N° 27, págs. 9 y ss.; “Perspectivas jusfilosóficas externas e internas del Derecho de la Integración”, en “Investigación ...” cit., N° 25, págs. 55 y ss.; “Comprensión jusfilosófica del Derecho de la Integración”, en “Boletín del Centro ...” cit., N° 21, pág. 122, “Aportes para la Filosofía del Derecho de la Integración”, en “Derecho de la Integración”, N° 4, págs. 53 y ss. También “El Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001. Cabe c. FERRER, Aldo, “Historia de la Globalización. Orígenes del orden económico mundial”, 3ª. reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 1998; “Historia de la Globalización II. La Revolución Industrial y el Segundo Orden Mundial”, México, Fondo de Cultura Económica, 2000. Cabe pensar que se está formando un estado mundial en etapa “hobbesiana”.

integración significa un “espíritu” relativamente diferente¹⁰. Creemos que, pese a la conveniencia final de un Derecho Privado de la Integración, basado en el método directo, es posible pensar, según lo propone la actual experiencia europea, en un Derecho Internacional Privado de la Integración, pero éste no debe ser confundido con el Derecho Internacional Privado clásico ni con sus áreas periféricas.

Sin perjuicio de esas diferencias, nos ocuparemos de la relación posible entre el Derecho Internacional Privado argentino referido a la *validez intrínseca de los contratos* en general y la participación del país en los procesos de integración del *Mercado Común del Sur* (Mercosur) y el *Area de Libre Comercio de las Américas* (ALCA) en formación, así como en la vinculación con la Unión Europea¹¹.

b) El Derecho Internacional Privado, los grandes modelos económicos y la integración

a) El intervencionismo y el abstencionismo y los puntos de conexión en general

4. Como *denominadores comunes* que pueden servir para establecer la correspondencia entre los regímenes jusprivatistas internacionales de validez intrínseca de los contratos y los procesos integradores utilizaremos los modelos del *intervencionismo* y el *abstencionismo* en la relación del Estado con la economía. Sin desconocer las diferencias es posible entender que estos modelos corresponden a los grandes paradigmas económicos del mercantilismo y el pensamiento “social”, por una parte, y el liberalismo, por la otra¹².

En el mercantilismo hay una combinación del *Derecho Privado* y el *Derecho Público*; una ampliación de la economía doméstica del soberano con la relativa integración de los pensamientos antiguos referidos al “oikos” y la “polis”. La policía económica mercantilista adquiere importante significación. En el liberalismo el Derecho Privado tiende a *independizarse* de las imposiciones del Derecho Público e incluso a someterlo y la policía económica es menor. En el pensamiento “social” el Derecho Privado resulta al fin, aunque en diferentes medidas, *sometido* al Derecho Público. No desconociendo las diversidades, cabe decir que también aquí la policía económica posee significación.

Se trata de la constitución de espacios económicos más cerrados o más abiertos. Al fin se resuelve la elección entre diversos modelos *capitalistas*, por ejemplo entre los

¹⁰ Cuando el Derecho Internacional Privado participa en un proceso cabal de integración se produce en él un importante fenómeno de “*mutación*”, o sea, de cambio de la rama jurídica por modificación de la circunstancia. El Derecho Internacional Privado en sus distintas manifestaciones constituye *niveles mínimos* sobre los que se han de construir los procesos de integración.

¹¹ En general cabe c. BOGGIANO, Antonio, “Contratos Internacionales”, Bs. As., Depalma, 1995. Puede v. nuestro estudio “Significados jusfilosóficos de los contratos”, en “Investigación...” cit., N° 10, págs. 33 y ss.

¹² Acerca de los denominadores comunes en el mundo jurídico pueden v. nuestro estudio “Denominadores particulares y comunes del Derecho y la Política”, en “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. II, 1984, págs. 205 y ss.

paradigmas que han llegado a denominarse respectivamente «renano» y «anglosajón» y los despliegues mercantiles e industriales y financieros¹³.

5. La teoría de la *correspondencia* o la *yuxtaposición* entre tipos legales y puntos de conexión muestra que cada punto de conexión refleja una concepción del problema tipificado, en este caso, de la validez intrínseca del contrato internacional con especial referencia a los problemas de la integración¹⁴. Consideramos que la validez de los contratos es una cuestión *conductista* que en principio requiere por «afinidad» un punto de conexión también conductista, aunque a veces sea «atraída» a cierta «personalidad» o «realidad» por la mayor vinculación con el contrato. La consideración conductista tiene, a su vez, crecientes grados de *profundidad* según se opte por los contactos de la autonomía de las partes, el lugar de celebración o el lugar de ejecución. Elegir un punto de conexión es optar por una concepción del contrato, en este caso, en la integración¹⁵.

En general, el punto de conexión *lugar de ejecución* es al fin más intervencionista y en consecuencia más utilizable por el mercantilismo y el «socialismo»¹⁶. Conduce a espacios económicos y jurídicos más cerrados. El punto de conexión *autonomía de las partes* y su correspondiente práctico *lugar de celebración* son más abstencionistas y, en consecuencia, más utilizables por el liberalismo¹⁷. Tienden a producir espacios más abiertos. Tal vez no sea irrelevante que la defensa del punto de conexión *lugar de ejecución* como sujeción tácita de las partes fuera sostenido en el clima del más intervencionista capitalismo renano por Savigny y en cambio el punto de conexión *lugar de celebración* haya sido defendido en el medio de capitalismo al fin anglosajón por Story¹⁸.

¹³ Respecto a las discusiones acerca de la importancia del capitalismo en el Derecho, cabe tener en cuenta por ej. MARIN PEREZ, Pascual, "Estudios sobre el Derecho Privado y sus transformaciones actuales", Barcelona, Bosch, 1959, esp. págs. 525 y ss. En el horizonte del tema cabe recordar v. gr.: RIPHER, Georges, "El Régimen Democrático y el Derecho Civil Moderno", trad. Lic. José M. Cajica Jr., Puebla, Cajica, 1951.

¹⁴ Es posible v. nuestro artículo "Acerca de la correspondencia entre tipos legales iusprivatistas internacionales y puntos de conexión", en "Juris", t. 80, págs. 298 y ss.

¹⁵ Pueden v. nuestros trabajos "Ensayo de comprensión filosófica de los puntos de conexión en el Derecho Internacional Privado", en "Estudios de Filosofía ..." cit., t. III, 1984, págs. 38 y ss.; "Notas sobre ideas políticas y puntos de conexión", en "Boletín ..." cit., N° 7, págs. 77 y ss.; "Acerca de la correspondencia entre tipos legales iusprivatistas internacionales y puntos de conexión", en "Juris", t. 80, págs. 298 y ss.; "Los "puntos de conexión", el espacio jurídico y el puesto del hombre en el cosmos", en "Boletín ..." cit., N° 9, págs. 9 y ss.

¹⁶ No obstante, cabe recordar que Savigny lo basó en la presunción de sumisión voluntaria (SAVIGNY, F. C., "Sistema del Derecho Romano actual", trad. Ch. Guenoux - Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, Góngora, t. VI, 1879, págs. 270/1, párrafo CCCLXXII).

¹⁷ Una preferencia básica por el lugar de celebración puede v. en STORY, José, "Comentarios sobre el Conflicto de las Leyes", trad. Clodomiro Quiroga, Bs. As., Lajouane, t. I, 1981, págs. 376 y ss., esp. págs. 388 y ss. (es posible v. no obstante págs. 489 y ss.). Cabe c. nuestro estudio "La autonomía de las partes en el mundo jurídico en general y en la elección del Derecho aplicable", en "Juris", t. 47, págs. 229 y ss.

¹⁸ Vale considerar que el romántico prusiano Savigny provenía de una familia calvinista convertida al luteranismo (LAQUIS, Manuel A., "Savigny", Bs. As., Centro Editor de América Latina, 1969, pág. 7). Es significativo que el Comentario a la Constitución estadounidense del jeffersoniano Story sea encabezado con la frase de Burke "Government is a contrivance of human Wisdom to provide for human wants." (Commentaries on the Constitution of the United States, Joseph Story, http://www.constitution.org/js/js_000.htm, 28-3-2002).

En parte a impulsos del sentido práctico anglosajón se ha difundido también el relativamente liberal contacto con el Derecho *más vinculado* a cada contrato. Si bien hay una importante intervención judicial, el Estado al menos debilita su pretensión de preestablecer la elección del Derecho aplicable.

Cada punto de conexión posee significados distintos según se trate, por ejemplo, de una realidad de coexistencia de Estados independientes, dominación, integración o globalización/marginación¹⁹. Nuestro propósito es brindar elementos para *comprender* los significados de los distintos subsistemas del Derecho Internacional Privado argentino respecto de la validez de los contratos, *compararlos* y establecer su *idoneidad* para los procesos de integración. Tal vez en términos económicos podría decirse que de cierto modo se trata de saber en qué condiciones de más intervención o abstención ha de «circular» la «mercancía Derecho» en la integración.

b) *La elección entre los puntos de conexión y los modelos en relación con la integración*

6. Según hemos señalado, la elección entre las distintas respuestas depende no sólo de los significados que en sí tengan los puntos de conexión sino del *panorama general* del Derecho Internacional Privado, del Derecho y de la Política toda; incluso de la cultura en general respecto de los contratos internacionales. Ya indicamos que aunque pueden hacerse avances significativos en el tratamiento específico del tema, no es posible elegir en definitiva un Derecho para la validez de los contratos sin atender, con perspectiva estratégica, por ejemplo a las posibilidades jurisdiccionales, los datos del Derecho propio y extranjero, las posibilidades de transposición procesal por auxilio jurisdiccional y reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos, etc. A la luz de las enseñanzas del realismo jurídico hay que tener en cuenta no sólo lo que indican las normas del Derecho propio y extranjero sino las *soluciones concretas* que los casos tienen o tendrían en los niveles negociales y jurisdiccionales²⁰.

7. Las decisiones han de adoptarse al fin considerando los *datos reales, históricos, ideales y racionales* a los que se refería François Gény, incluyendo en el despliegue real las realidades físicas, biológicas, psicológicas, económicas, políticas, etc.²¹. Asimismo se ha de atender a todos los desarrollos *jurístico-sociológicos, normológicos y axiológicos* señalados por la *teoría trialista del mundo jurídico*²². Es más, de acuerdo con Irineu Strenger puede decirse

¹⁹ Es posible v. nuestro estudio "Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas", Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976, págs. 59 y ss.

²⁰ En cuanto a la teoría del uso jurídico cabe recordar GOLDSCHMIDT, Werner, "La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado", Barcelona, Bosch, 1935.

²¹ Vale recordar, por ejemplo, GENY, F., "Science et Technique en droit privé positif", París, Sirey.

²² Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. por ej. 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 ..." cit., 1982/4; "La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

que los contratos internacionales son fruto de una multiplicidad de factores que envuelven métodos y sistemas interdisciplinarios, inspirados en la economía, la política, el comercio exterior, las ciencias sociales y con muchos resultados tomados de las relaciones internacionales de toda índole²³.

8. 1. En cuanto a la *dimensión jurídico-sociológica*, la opción entre los puntos de conexión más abstencionistas e intervencionistas corresponde en principio a la elección entre la posibilidad de más espacio para la *conducción de las partes* o las *influencias humanas difusas* de la economía, propias del abstencionismo, y la *conducción estatal* realizada en el intervencionismo. En términos trialistas, hay que elegir con miras a la contractualidad de la integración entre los «*repartos*» de las partes o las «*distribuciones*» de la economía, sostenidos en el abstencionismo, y los «*repartos*» gubernamentales del intervencionismo.

8. 2. En relativa analogía con lo que sucede en los contratos en general, la autonomía conflictual presenta a las partes en condiciones de producir *acuerdos* que constituyen *repartos «autónomos»* y realizan el valor cooperación, pero si existen asimetrías de fuerzas muy grandes o no están representados todos los interesados reales las apariencias autónomas pueden esconder *imposiciones* que constituyen *repartos autoritarios*, donde se satisface el valor poder. La conducción gubernamental se produce a través de repartos autoritarios, con su consiguiente realización del valor poder.

En principio, los propios interesados son los mejores intérpretes y realizadores de sus intereses, de modo que su acuerdo suele brindarles lo que más los beneficia. En términos trialistas, reciben más «*potencias*» y menos «*impotencias*»²⁴. Sin embargo, la autonomía formal puede esconder la incompreensión de los repartos autoritarios de otros interesados, más peligrosos que los gobernantes, en especial si éstos son democráticos. Aunque el legislador debe atenerse a la generalidad de los casos, es relevante considerar que a menudo en las circunstancias la autonomía formal y la abstención poseen significados de autoridad y dominación de quienes son jurídica y económicamente débiles. Sin entrar a situaciones genéricas de desequilibrio, como las del consumidor y el trabajador que suelen motivar incluso tipos normativos especiales, cabe señalar que la condición de las pequeñas y medianas empresas es con frecuencia un ejemplo de esos despliegues

²³ STRENGER, Irineu, "Contratos internacionais do comércio", 3ª. ed., San Pablo, LTr, 1998, pág. 38. Cada vez más se advierte la necesidad de la consideración del mundo jurídico en una *complejidad pura* y del estudio *interdisciplinario* del mismo (en relación con el tema pueden v. por ej. BOCCHI, Gianluca - CERUTI, Mauro (eds.), "La sfida della complessità", traducciones de Gianluca Bocchi y María Maddalena Rocci, 10ª. ed., Milán, Feltrinelli, 1997; WINTGENS, Luc J. (ed.), "The Law in Philosophical Perspectives", Dordrecht, Kluwer, 1999). Cabe c. CARREAU, Dominique - JUILLARD, Patrick, "Droit international économique", París, L.G.D.J., 1998; GIARDINA, Andrea - TOSATO, Gian Luigi, "Diritto del Commercio Internazionale. Testi di base e note introduttive", Milán, Giuffrè, 1996.

²⁴ Se denomina "potencia" a lo que favorece al ser y en especial a la vida e "impotencia" a lo que los perjudica.

autoritarios²⁵. Si bien el abstencionismo es básicamente preferible al intervencionismo, puede favorecer o perjudicar a los interesados. Pese al significado de la expresión autonomía y a la proclamación del abstencionismo, importa saber con referencia a los casos en qué medida esas condiciones son reales y también, en algún grado, si el equilibrio de las prestaciones es al fin aceptable

Cuando un país desea que su Derecho sea utilizado por las partes tiene que procurar que su aplicación se incorpore a sus móviles, que sea «*interesante*» para ellas a fin de que lo elijan o no lo evadan²⁶. De cierto modo, es relevante que sea *razonable* para las partes y la sociedad.

Desde esta perspectiva, vale decidir si se ha de optar por una contractualidad de la integración más autónoma o autoritaria y más o menos interesante para las partes y el conjunto social.

8. 3. La «*audiencia*» para la elección del Derecho aplicable, sea por las partes o los gobernantes, es sumamente compleja porque en la diversidad de perspectivas de la realidad existen múltiples contactos que pueden ser al fin muy difíciles de reconocer. Por ello el protagonismo de las partes asume especial calificación y la autonomía conflictual tiene cauces en principio más sensibles que los otros puntos de conexión, incluso que la relativamente intensa audiencia del Derecho elegido por los jueces. Las partes suelen «hablar su propio idioma». Hay que decidir en qué medida han de hablarlo en la integración.

8. 4. En cuanto al *orden* de los repartos, la autonomía de las partes y el abstencionismo brindan especial juego a la razonabilidad social productora de *ejemplaridad* (por ejemplo de usos y costumbres) y realizadora del valor solidaridad. En cambio, el lugar de celebración y el lugar de ejecución e incluso la mayor vinculación con el contrato, que son más intervencionistas, reducen el espacio de esa ejemplaridad e introducen más *planificación gubernamental*. Indicando quiénes son los supremos conductores y cuáles son los criterios supremos de conducción, la planificación realiza el valor previsibilidad. El despliegue del punto de conexión de la mayor vinculación con el contrato brinda posibilidades a la ejemplaridad judicial, que constituye la jurisprudencia.

²⁵ Es posible v. nuestro artículo, en colaboración con Alfredo M. SOTO, Jorge STAHLI, Norberto RODRIGUEZ, Walter BIRCHMEYER, Andrea A. STRAZIUSO y Felipe Juan AMORMINO, "Derecho Internacional Privado para las pequeñas y medianas empresas de Rosario", en "Investigación..." cit., Nº 31, págs. 65 y ss. También cabe c. nuestro trabajo "Notas jusfilosóficas para la comprensión de las pequeñas y medianas empresas y de su papel en nuestro tiempo", "Investigación ..." cit., Nº 28, págs. 49 y ss.; asimismo puede v. "Desde la protección del propietario a la protección del consumidor y el usuario (Aportes a la Filosofía del Derecho Privado)", "El Derecho", t. 159, págs. 1022 y ss.

²⁶ Compartimos la posición relativamente abstencionista, tradicional en el sistema "continental", de aceptar la elección de un Derecho que tenga una conexión interna con el caso; nos merece reserva la posición más abstencionista, tradicional en el Derecho inglés, de admitir una libertad de elección completa (v. GOLDSCHMIDT, "Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado", 2ª. ed., Bs. As., EJE, t. II, 1954, págs. 84/5).

La ejemplaridad suele construir órdenes más profundos y sólidos que la planificación, de modo que a través de la autonomía conflictual y el abstencionismo el régimen integrador puede tener más fácilmente dichos caracteres. Estimamos que en principio es preferible la ejemplaridad a la planificación, de modo especial para la construcción del nuevo espacio de la integración. Esto significa que el punto de conexión autonomía de las partes y el abstencionismo son preferibles a la referencia a la vinculación mayor con el contrato, el lugar de celebración y el lugar de ejecución y al intervencionismo²⁷.

8. 5. La comprensión del régimen jusprivatista internacional de los contratos puede hacerse con más claridad si se reconoce la *base consuetudinaria* romanista que une a muchos países en cuanto a la lógica de las obligaciones y el presente proceso de *intercambio* entre las concepciones «continentales» y «anglosajonas», con relativo predominio de estas últimas. Un fundamento común hace que los Derechos resulten *relativamente intercambiables*²⁸. Ha llegado a decirse que los contratos internacionales se apoyan en sistemas de principios más que legales, como ocurre en la «lex mercatoria»²⁹. Sin embargo, tampoco hay que desconocer las particularidades que imponen los intereses locales.

La elección entre la autonomía de las partes y el abstencionismo y los otros puntos de conexión fijados de diversas maneras por la intervención del Estado se instala, con distintos alcances según el grado de esa intervención, en el juego de la tensión tan importante en nuestro tiempo entre el *mercado* y la *economía*, por una parte, y el *Estado* y generalmente la *democracia* por la otra. Se debe decidir si la integración será más del mercado o del Estado.

8. 6. Los repartos y el régimen pueden tropezar con *límites necesarios* surgidos de la «naturaleza de las cosas» y en general el intervencionismo puede chocar con tales obstáculos más que el abstencionismo. Poner la respuesta a los casos contractuales en manos de las partes suele hacer más viable la solución. Vías de escape contra el intervencionismo de diversa intensidad suelen ser la autonomía «oblicua», en que las partes «fabrican» los puntos de conexión e incluso el fraude a la ley. No es sin motivo que cuando se toma el camino de la intervención es a veces necesario calificar los puntos de conexión para evitar la manipulación.

Creemos que las enseñanzas del materialismo histórico son al menos aceptables en cuanto destacan la conciencia anterior, ya presente por ejemplo en Aristóteles, de la importancia de la *Economía* en el Derecho. Si se desea un régimen contractual al servicio de un proceso integrador hay que atender a su significado y su viabilidad en lo económico.

²⁷ Un tema de interés no frecuentemente desarrollado es el de los contratos conexos en el Derecho Internacional Privado (puede v. nuestro estudio "Los contratos conexos en la Filosofía del Derecho y el Derecho Internacional Privado", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1999).

²⁸ Cabe c. Bases para armar la teoría general del contrato en el Derecho moderno, Atilio Aníbal Alterini, http://www.alterini.org/fr_tonline.htm (30-3-2002).

²⁹ STRENGER, op. cit., pág. 41.

9. 1. Con referencia a la *dimensión jurídico-normológica*, la elección del punto de conexión depende en mucho del alcance que se dé al *tipo legal*: no resulta la misma si se piensa sólo en contratos «equilibrados», donde se sostiene más el abstencionismo, o se incluye la protección de partes débiles que reclama el intervencionismo³⁰.

La opción por los diferentes contactos corresponde también al empleo de *normas más individuales* de las propias partes o los jueces, realizadoras del valor *inmediatez*, como sucede en la autonomía o la referencia a la mayor vinculación, o *normas generales* del legislador, donde se efectiviza el valor *prededucibilidad*, según sucede en la determinación del lugar de celebración o el de ejecución. Uno de los puntos de vista por los que se sostiene el Derecho más vinculado al contrato en carácter subsidiario a la autonomía de las partes, a través de la intervención judicial, es el logro de más *inmediatez*. Vale optar, con conciencia, entre una contractualidad integradora de mayor *inmediatez* o *prededucibilidad*.

9. 2. En términos de *fuentes formales* de las normas, cabe señalar que la autonomía de las partes y su abstencionismo se valen del *contrato*; la remisión al lugar de celebración y el lugar de ejecución se hace habitualmente a través de la *ley* y la mayor vinculación con el contrato interviene mediante una *sentencia*. Cada una de estas fuentes formales tiene caracteres de participación en la elaboración, flexibilidad y rigidez y elasticidad e inelasticidad diferentes. El problema de las fuentes formales posee alta significación en todo proceso integrador.

9. 3. La autonomía de las partes produce su abstencionismo mediante el máximo grado de *indeterminación* de las normas gubernamentales. El intervencionismo gubernamental avanza con la *determinación* judicial de la máxima vinculación con el contrato y sobre todo con la «determinación» legislativa del lugar de celebración y el lugar de ejecución. La indeterminación normativa es uno de los medios de que se vale el Derecho actual para adaptarse a las diversidades y los cambios sociales³¹. En nuestro caso, puede contribuir a la consideración de las diversidades y los cambios del desarrollo integrador.

9. 4. En relación con el *ordenamiento normativo*, la autonomía conflictual y el abstencionismo se ubican, con una lógica relativamente propia, más próximos a la vertiente

³⁰ Otro problema que puede influir cuando está incluido en el tipo de la validez (y efectos) de los contratos internacionales es el del régimen monetario (es posible v. nuestro estudio "La indexación en el Derecho Internacional Privado argentino y comparado", en "El Derecho", t. 69, págs. 861 y ss.).

³¹ Pueden v. nuestro artículo "La determinación (precisión y reglamentación de normas y desarrollo de principios)", en "Boletín ..." cit., N° 21, págs. 52 y ss. y nuestra ponencia en el 7º Congreso Internacional de Metodología Jurídica "La Aplicación del Derecho por la Administración Pública y la Justicia: Problemas de los Conceptos Jurídicos Indeterminados" (Asociación Internacional de Metodología Jurídica e Instituto Nacional de Administración Pública de España; Madrid, 20 y 21 de septiembre de 2001) sobre "El funcionamiento de los conceptos jurídicos indeterminados en la teoría trialista del mundo jurídico".

autónoma, en tanto los otros puntos de conexión y el intervencionismo se sitúan en la lógica de la vertiente autoritaria de obediencia al constituyente histórico. Se ha de decidir si la contractualidad integradora tendrá más lógica de la autonomía o de la gubernamentalidad.

9. 5. En cuanto a los *problemas generales* de los contactos de respuestas jurídicas, la autonomía conflictual y el abstencionismo disminuyen los riesgos de *fraude a la ley* pero tal vez aumenten la posibilidad de que haya que recurrir al *orden público*. El lugar de celebración, el lugar de ejecución e incluso la opción por la mayor vinculación con el contrato aumentan los peligros de fraude, pero pueden tener menos necesidad de invocar el orden público. Parece que para un proceso integrador es conveniente atenuar las posibilidades de fraude, por la intercambiabilidad de los Derechos en el espacio jurídico integrado, y disminuir el rigor del orden público.

10. 1. En la *dimensión jurídico-axiológica* la autonomía de las partes y el abstencionismo abren más cauces a la *utilidad*, en tanto los otros puntos de conexión y el intervencionismo aparecen más inspirados en consideraciones de *justicia*. Los valores deben realizarse en términos de *coadyuvancia* y no *secuestro* del material estimativo de unos por otros. Creemos que hay que lograr que en materia contractual, en este caso de la contractualidad de la integración, se logre la coadyuvancia entre la utilidad y la justicia, sin embargo, la respuesta concreta es muy discutible.

10. 2. La autonomía conflictual y el abstencionismo son más afines a la *justicia particular*, cuyos requerimientos caracterizan al *Derecho Privado*. El intervencionismo del lugar de celebración, la mayor vinculación con el contrato y el lugar de ejecución incrementa, en grados crecientes, la referencia a la *justicia general*, que se refiere al bien común y con sus requerimientos identifica al *Derecho Público*. Es importante decidir si se desea una contractualidad de la integración más privatista o relativamente publicista.

10. 3. Los «con-tratos» pretenden de cierto modo comenzar, con el «trato», un «mundo nuevo». Aunque esto no sea generalmente admitido, se comprende que dicho «*fraccionamiento*» del pasado, generador de seguridad para las partes, sirva de apoyo para que elijan el Derecho que crean más conveniente. En cambio, los otros puntos de conexión considerados constituyen senderos para relativos «desfraccionamientos» de influencias del complejo temporal, personal o real. Tal vez el máximo desfraccionamiento del complejo real se produzca en la referencia al lugar de ejecución.

Desde el punto de vista de los sujetos que intervienen, la autonomía y el abstencionismo recortan las influencias de justicia que pueden tener en cuenta el legislador y el juez, produciendo *seguridad* para las partes; el intervencionismo del lugar de celebración y el lugar de ejecución fracciona, en diversos grados, las influencias específicamente relacionadas con las partes y asegura a la comunidad; la intervención judicial atendiendo

a la mayor vinculación con el contrato se abre a consideraciones de justicia no precisadas previamente, generando una relativa *inseguridad*, al menos para las partes.

Un proceso integrador ha de decidir en qué sentidos construirá la justicia y la seguridad contractuales.

10. 4. Si se adopta el principio supremo de justicia trialista de adjudicar a cada individuo la esfera de libertad para desarrollarse plenamente, la *legitimación* de los repartidores de la autonomía conflictual y el abstencionismo se nutre precisamente del acuerdo «*autónomo*» de los interesados, en tanto la legitimación de los repartidores gubernamentales que intervienen mediante la referencia general al lugar de celebración y el lugar de ejecución suele ser «*infraautónoma*» (democrática) y la legitimación de los jueces que intervienen estableciendo la mayor vinculación del contrato suele combinar rasgos de *infraautonomía* y de *aristocracia* por superioridad científica y técnica. Uno de los grandes problemas de la legitimación de nuestro tiempo es, sin embargo, evitar la «*antiautonomía*» (ilegitimidad) de los repartidores plutocráticos que, en nuestro caso, pueden valerse de una aparente autonomía. La construcción integradora debe decidir cuáles serán los criterios de legitimación de sus repartidores, también en el ámbito de validez intrínseca de los contratos.

En la autonomía y el abstencionismo prevalece la justicia referida a los *sujetos*, en los otros puntos de conexión considerados y en el intervencionismo avanza la justicia respecto de los *objetos* de los repartos. La contractualidad integradora puede legitimarse más en uno u otro sentido.

10. 5. Como los propios nombres lo indican, la autonomía y su abstencionismo son vías para la realización del *humanismo abstencionista* que, *en principio*, es preferible al *humanismo intervencionista* a realizar mediante los contactos con el lugar de celebración, el lugar de ejecución y la opción por la mayor vinculación con el contrato. Sin embargo, importa evitar que el abstencionismo derive en la mediatización individualista y el intervencionismo se desvíe hacia la mediatización totalitaria.

La autonomía y su abstencionismo atienden más a la *unicidad* y son más liberales, en cambio los otros puntos de conexión, con su intervencionismo, tienden a apoyarse en más consideraciones de *igualdad* y *comunidad*, pudiendo adoptar los rasgos propios pertinentes de democracia y «*res publica*».

En tanto la autonomía y el abstencionismo protegen *contra el régimen*, los otros puntos de conexión y el intervencionismo amparan más respecto de los *demás individuos* y el *propio individuo*.

En el régimen contractual de la integración hay que optar, conforme a las características del proceso, por más abstencionismo, atención a la unicidad y protección contra el régimen o más intervencionismo, consideración de la igualdad y la comunidad y resguardo respecto de los demás individuos y el propio individuo.

11. Aunque muchas veces las circunstancias son relativamente indeterminadas, la elección del Derecho, sobre todo en un área poco comprometedora de la persona como la de la validez de los contratos en general, requiere saber cuáles son los regímenes jurídicos en cuestión y compararlos. Hay que apreciar qué se puede «ofrecer» y qué se puede «obtener», en todos los sentidos de «potencia» e «impotencia». Importa conocer los contenidos de los Derechos posiblemente aplicables no sólo en sus despliegues normativos, sino también de *funcionamiento real* y de *valores*. La opción se produce en base a conjeturas funcionales³². Si un país quiere que su Derecho sea aplicable, debe tratar de hacerlo «tentador» para los «adquirentes»³³.

No obstante, aunque aceptamos la preferencia por la autonomía de las partes y el abstencionismo, creemos que siempre se debe dejar abierta la posibilidad de comparar su resultado con el que hubiese surgido de no mediar la elección y resolver al fin sobre la *legitimidad* de lo decidido³⁴.

c) La realidad argentina con miras a la integración

12. 1. La República Argentina posee un territorio sudamericano *extenso* y *rico*, de 2.780.400 km², situado sin embargo en un *espacio periférico* respecto de los grandes centros del desarrollo económico. En el año 2000 la población era de 37.031.802 habitantes, de los cuales vivían en la Ciudad de Buenos Aires 3.046.662, que para muchos es el «puerto natural» del territorio, y en la Provincia de Buenos Aires, su relativo «hinterland» inmediato, 14.214.701. La densidad de población era *baja* y muy *desigual*, con un 13,31 habitantes por km². en el país, 15.233,34 en la Ciudad de Buenos Aires y 46,21 en la Provincia de Buenos Aires.

La economía dependió y depende en gran medida de la producción *agrícola* y *ganadera*, aunque se hicieron, sobre todo durante el siglo XX, diversos intentos industrializadores apoyados en gran medida en el cierre del mercado. El *deterioro de los términos del intercambio* y la *clausura de mercados tradicionales* perjudicaron la riqueza rural. No contando con condiciones competitivas, las industrias no pudieron subsistir ante una gran apertura económica producida en los últimos diez años y el país ha entrado en una profunda crisis.

³² Puede v. nuestro estudio "La conjetura ..." cit.

³³ Es posible tener en cuenta por ej. POSNER, Richard A., "The Economics of Justice", 6ª. ed., Cambridge, Harvard University Press, 1996. V. no obstante MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Cómo contratar en una economía de mercado", Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 1996. También cabe c. "Revista de Derecho Privado y Comunitario", N° 21, "Derecho y Economía".

³⁴ Aunque muchas veces se sostiene lo contrario, creemos que la validez de la elección por las partes debe juzgarse al fin según el Derecho que hubiese resultado aplicable de no mediar esa opción y no conforme al Derecho elegido. Estimamos que siempre es legítimo producir una "carencia dikelógica" rechazando la normatividad existente por estar en desacuerdo con los criterios que se consideran justos, sea en cuanto a la norma de elección, con referencia al contenido del Derecho aplicable o contra el propio orden público internacional.

En la segunda mitad del siglo XIX la Argentina encontró un lugar en el espacio hegemónico británico y se situó como proveedora de alimentos en gran cantidad y calidad. Ese modelo, casi siempre de inspiración liberal, le permitió ocupar una posición relevante entre los países económicamente más importantes del mundo. Hoy, relativamente aislada y a merced de las imposiciones de los organismos financieros internacionales, posee el «riesgo país» más alto del mundo.

12. 2. Desde el Virreinato del Río de la Plata, la región portuaria de Buenos Aires, donde ha llegado a construirse la ciudad «capital de un imperio que nunca existió»³⁵, encabezó una ocupación del ubérrimo territorio *relativamente «parasitaria»*, sea por la dependencia colonial de los metales de Potosí, por la explotación ganadera o incluso por la no transformación de las riquezas obtenidas de modo que se produjera una auténtica industrialización³⁶. Sin desconocer la enorme magnitud del *trabajo individual*, sobre todo de muchos inmigrantes, ese «parasitismo» contribuye a explicar que uno de los países mejor dotados territorialmente en el Planeta tenga los enormes problemas económicos que hoy debe afrontar.

Los extraordinarios recursos extraídos del campo se destinaron mayoritariamente a la construcción de magníficos palacios que a menudo no eran ocupados por sus dueños, instalados no sólo mental sino físicamente en París; por lo general las ganancias no se dedicaron a la industrialización. El especialmente valioso esfuerzo «desarrollista» del Presidente Arturo Frondizi de la segunda mitad del siglo XX fue frustrado por los sectores parasitarios tradicionales³⁷. El injerto de un modelo liberal, no desarrollista, en los últimos años ha tenido una muy limitada asimilación y ha provocado una enorme crisis general, nítidamente la más grave desde la organización del país³⁸.

La falta de cohesión social, con fuerte referencia a los deslumbrantes modelos extranjeros que invitaban a una riqueza fácil, favoreció la producción de graves *despliegues inflacionarios* e incluso un proceso de hiperinflación, y una enorme *deuda externa* llevó al país a la cesación de pagos. La descapitalización es muy significativa.

12. 3. Uno de los principales factores del paso desde la Argentina tradicional a la Argentina actual ha sido la *inmigración masiva*, proveniente de muchos países, especialmente europeos y en particular del sur de Italia. Suele indicarse que por más de setenta años, el setenta por ciento de la población de la Capital Federal y casi el treinta por ciento en las provincias de Buenos Aires, Córdoba y Santa Fe, eran inmigrantes. Aunque

³⁵ Puede v. por ej. Turismo, Misteriosa Buenos Aires (quinta parte), La Diagonal Norte, Enrique Rodríguez Leirado, (<http://www.almargen.com.ar/sitio/seccion/turismo/baires5/>, -30-3-2002-). Otros rasgos diversamente imperiales se advierten en los barrios porteños de la Recoleta y Catalinas.

³⁶ Cabe c. nuestro artículo "Una Argentina "parasitaria" entre la feudalización y la colonización", en "Investigación ..." cit., N° 34, págs. 59/65.

³⁷ Puede v. por ej. LA NACION LINE, 27-3-2002, Opciones estratégicas equivocadas, Rosendo Fraga, http://www.lanacion.com.ar/02/03/27/do_383913.asp (28-3-2002).

³⁸ Es posible c. nuestros estudios "Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero", en "Revista de Derecho Civil", 8, págs. 73 y ss.; "Originalidad y recepción en el Derecho", en "Boletín ..." cit., N° 9, págs. 33 y ss.

el aporte latino del sur no fuese el más deseado, la europeización de la Argentina y la modificación del carácter nacional, tan buscados por los organizadores de la República y la «generación del ochenta» del siglo XIX, se tradujo en una política inmigratoria abierta que dio grandes resultados.

La clase dominante, compuesta por estancieros, comerciantes, abogados y políticos, fue constituyéndose con caracteres *contradictorios* cuyos valores y defectos se confunden y hoy generan en gran medida la dificultad de la situación: riqueza, sabiduría, arrogancia, frecuente superficialidad y oscilación entre el optimismo y el pesimismo, a menudo infundados. Pese a algunas realizaciones de destacada importancia, como la *educación pública* que produjo un nivel cultural muy destacado y permitió la promoción social, cada vez más la clase dominante ha ido perdiendo la legitimidad que adjudica el proveer al bien común en condiciones de «bien-estar», de riqueza y orden. En la Argentina no hay actualmente una sólida élite comercial e industrial.

12. 4. La cultura argentina, como la de muchos países dependientes, está *escindida* en dos grandes sectores: el «*hispánico tradicional*» reforzado luego con la presencia itálica meridional, más «comunitario», intervencionista y paternalista, entre cuyos grandes exponentes se encuentran Felipe II de España, el más típico de los reyes Habsburgos, Juan Manuel de Rosas e incluso el Presidente Juan Domingo Perón, y el «*anglofrancesado*», desplegado luego también en una vertiente norteamericana, entre cuyos grandes representantes se encuentran Carlos III de España, el más característico de los Borbones, el Presidente Bernardino Rivadavia y los dirigentes de la llamada Revolución Libertadora, por ejemplo, cuando fue encabezada por Pedro Eugenio Aramburu³⁹. Esta situación, que perdura, no debe llevar a desconocer que al considerar el sector «hispánico tradicional» hay que atender a la orientación que, desde el peronismo histórico, se ha reencaminado con el menemismo, conservando el folklore peronista pero inclinándose hacia una economía liberal y «relaciones carnales» con los Estados Unidos de América. Para el peronismo ortodoxo y el sector «hispánico tradicional» en general, el liberalismo y estas «vinculaciones carnales» son inadmisibles⁴⁰. Puede decirse que de cierto modo hay una Argentina del «estado» y otra del «contrato».

La gran mayoría del país se reconoce *católica* y esta religión constituye en gran medida su «inconsciente colectivo», a nuestro parecer con las consecuencias que expuso Max Weber, pero hay una débil y oculta influencia calvinista que, a través sobre todo de

³⁹ Pueden v. nuestras "Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993. En cuanto a la historia de las ideas económicas es posible c. por ej. GIDE, Carlos - RIST, Carlos, "Historia de las doctrinas económicas desde los fisiócratas hasta nuestros días", trad. C. Martínez Peñalver, 2ª. ed., Madrid, Reus; además cabe c. BRINKMANN, Carl, "Historia económica y social", trad. Dr. Adolfo von Ritter-Záhony, Bs. As., El Ateneo, 1962. También es posible c. nuestros "Estudios de Historia ..." cit.

⁴⁰ De cierto modo, el sector ibérico tradicional es más "cultural" y el anglofrancesado más "civilizado". Puede v. nuestro artículo "Cultura, civilización y decadencia en el mundo jurídico", en "Boletín..." cit., N° 5, págs. 9 y ss.,

la llamada «Argentina victoriana», ha ingresado en el sector «anglofrancesado»⁴¹. Aunque en lo económico la Argentina fue durante el tiempo de su mayor apogeo colonia británica, en lo ideológico se ha referido permanentemente al brillo francés. Por eso la élite del país no tiene una conciencia «histórica» y empírica, como la anglosajona, sino cierto espíritu matemático cartesiano, como el que predomina en el ámbito francés.

Con diversas manifestaciones e intensidades, el sector anglofrancesado estuvo en el poder en el período del apogeo internacional del país, desde 1853 hasta 1916, e incluso en el gobierno ya más popular del radicalismo desde ese año a 1930. Este sector intentó con cierto éxito una integración *capitalista portuaria* del país en base a la Constitución Nacional de 1853-60, en gran medida inspirada en la de los Estados Unidos de América, y el Código Civil de 1869, apoyado en gran parte en el Código Napoleón con las consiguientes referencias básicas a la libertad de contratación⁴². Sin embargo, la realidad ha quedado relativamente desintegrada. Aunque, a la inversa de lo que sucedía en otros tiempos, la imagen exterior suele ser peor que la realidad, cabe decir que las *potencialidades* del país son enormes pero, sobre todo para algunos sectores, el presente es *difícil*.

En general, el sector hispánico tradicional prefiere el intervencionismo *mercantilista* (aunque en algún momento éste fuera *bullionista*) e incluso cierta vertiente del pensamiento «social» corporativo, con una consiguiente simpatía por el lugar de ejecución de los contratos. El sector anglofrancesado está en mejores condiciones para preferir el abstencionismo *liberal*, aunque también tiene sectores «sociales» clasistas, y por eso puede admitir más los puntos de conexión autonomía de las partes, lugar de celebración y mayor vinculación del contrato.

13. Sin ignorar la grave crisis que atraviesa en estos momentos, cabe señalar que el *Mercosur*, a nuestro parecer la mejor opción integradora para la Argentina y los países de la región, es un proceso de integración hasta ahora en estadio intergubernamental con aspiraciones de una planificación relativamente consistente, para dar un mayor espacio de mercado e incluso político general al desenvolvimiento de los contratos. Como su nombre lo indica, el *Area de Libre Comercio de las Américas* pretende ser sólo un ámbito sin barreras económicas, sin mayores aspiraciones planificadoras y abierto a una libertad contractual mayor.

Por otra parte, aunque la vinculación con un espacio integrado es distinta que la pertenencia a él, cabe señalar que la Unión Europea es un proceso supragubernamental que ha superado el modelo de las comunidades y se encamina al cumplimiento del propósito federal inicial, con una política contractual más intervencionista.

Puede decirse que el modelo del *Mercosur* tiene importantes afinidades con el abstencionismo y el *liberalismo*, pero a su vez admite puntos de contacto externos con el

⁴¹ WEBER, Max, "La ética protestante y el espíritu del capitalismo", trad. Luis Legaz Lacambra, 2ª. ed., Barcelona, Península, 1973.

⁴² Puede v. SOLARI, Gioele, "Filosofía del Derecho Privado", trad. Oberdan Caletti, Bs. As., Depalma, t. I, 1946, págs. 117 y ss.

En general, en la excelente obra codificadora de Dalmacio Vélez Sársfield tuvo gran influencia también el Esboço de Freitas (v. FREITAS, A. T. de, "Código Civil obra fundamental del Código Civil Argentino", trad. castellana, Bs. As., Santos-Roldán, 1909).

intervencionismo y el *mercantilismo* en lo externo; el ALCA guarda intensa afinidad con el abstencionismo y el *liberalismo* y la Unión Europea combina el abstencionismo y el *liberalismo* y ciertas características intervencionistas y *socialistas* internas, con una importante influencia intervencionista de afinidad *mercantilista* en el exterior.

Pese a que tiene importantes raíces en afinidades culturales e intereses comunes, el Mercosur está evidenciando condiciones de debilidad no sólo por la *asimetría* potencial y jurídica entre los países sino por las crisis políticas y económicas de sus miembros, en especial por la situación argentina actual⁴³. Los desequilibrios en la región son graves y quizás generadores de riesgos de dependencia. Las relaciones de la Argentina y el Mercosur con la Unión Europea, aunque también relativamente asimétricas, pueden contribuir a equilibrar algunas de las disparidades antes señaladas.

Sin desconocer las tensiones propias de la reorganización integradora, parece que en la cultura argentina, al menos en cuanto a la afinidad con los países que vincula, el Mercosur puede llegar a tener especiales simpatías «hispanicas tradicionales» en tanto el ALCA puede encontrar más acogida en el sector «anglofrancesado». La relación con la Unión Europea puede valer, para los «hispanicos tradicionales», como alternativa a la vinculación con los Estados Unidos de América y en general a la cultura anglosajona; para los «anglofrancesados» como medio para afianzar las relaciones con Francia.

14. 1. Es en este marco donde debe decidirse, con excepcional dificultad y como una pieza importante de la estrategia del país, el régimen de la validez intrínseca de los contratos en el campo internacional en sentido amplio y, sobre todo, el de la integración. El país necesita imperiosamente vincularse al exterior, pero su debilidad lo hace particularmente pasible de ser dominado y explotado por fuerzas externas.

14. 2. El Mercosur podría beneficiarse con una autonomía conflictual que las dos corrientes culturales argentinas estarían en condiciones de admitir, aunque el sector «hispanico tradicional» lo hiciera más selectivamente. Sin embargo, cabe reconocer que en este sector y en general en el ámbito mercosureño suelen existir importantes resistencias culturales «ejecucionistas» o al menos la remisión «orientada» al Derecho más vinculado al contrato⁴⁴. En cambio, el ALCA requiere una autonomía conflictual más amplia, el

⁴³ Es posible c. nuestro artículo "Meditación de la asimetría en los procesos de integración, con especial referencia a la relación del Brasil con los otros países del Mercosur", en "Derecho de la Integración", N° 8, págs. 27 y ss.

⁴⁴ En vinculación con el tema es posible c. por ej. nuestros trabajos "Derecho Internacional Privado de los contratos en general en el Mercosur", en "Investigación ..." cit., N° 24, págs. 37 y ss.; "Necesidad de una convención sobre Derecho aplicable a los contratos en el Mercosur", en "Derecho de la Integración", N° 3, págs. 157 y ss.; "Bases para el régimen de los contratos en el Mercosur", en "Investigación ..." cit., N° 31, págs. 17 y ss.; "Nuevas reflexiones básicas sobre el régimen de los contratos en el Mercosur", en "Revista del Centro ..." cit., N° 23, págs. 49/57; "Perspectiva estratégica para las pequeñas y medianas empresas en el régimen de los contratos del Libro VIII del Proyecto de Código Civil", en "Derecho de la Integración", N° 10, págs. 31/4. También: derecho.org., edición Perú, "La prestación más característica del contrato en el Mercosur: anatema o panacea?", Sara Lidia Feldstein de Cárdenas, [http://publicaciones.derecho.org/rvdp/N%25FAMero_07_-_Enero_Febrero_del_2001/2_\(25-3-2002\).](http://publicaciones.derecho.org/rvdp/N%25FAMero_07_-_Enero_Febrero_del_2001/2_(25-3-2002).)

posible recurso al Derecho más vinculado al contrato sin mayores pautas orientadoras y menos recurso al lugar de ejecución. Estos senderos sólo pueden encontrar importante apoyo en parte del sector «anglofrancesado».

II. El Derecho Internacional Privado positivo argentino y la integración ⁴⁵

a) El Derecho de fuente convencional

a) Los Tratados de Montevideo

15. Entre los objetivos del Preámbulo de la *Constitución Nacional* de la Argentina de 1853-60, actualmente en vigor, se encuentra asegurar los beneficios de la libertad para *todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino*. El propio texto histórico del art. 14 de la Carta básica consagra los derechos fundamentales de los *habitantes* en general y el del art. 20 declara que los *extranjeros* en el territorio de la Nación gozan de todos los derechos civiles del ciudadano, puntualizando además algunas potestades. El art. 25 obliga al Gobierno federal a *fomentar la inmigración europea* y dispone que no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes. Los derechos tradicionales se han ampliado con numerosos tratados que han adquirido jerarquía constitucional según la reforma constitucional de 1994. Por otra parte, en general los *tratados y concordatos* poseen *jerarquía* superior a las leyes (art. 75, inc. 22).

El *Derecho Internacional Privado* argentino tiene su principal exponente histórico convencional en los *Tratados de Montevideo*, suscriptos en Congresos Sudamericanos realizados en dos oportunidades, en 1888-89 y 1939-40. Varios de ellos están vigentes –en diversas versiones– entre los países mercosureños Argentina, Paraguay y Uruguay, la asociada Bolivia, y Perú, Colombia y Ecuador⁴⁶.

Aunque los Tratados de 1888-89 fueron redactados en un período de apogeo del abstencionismo y el liberalismo, en la Argentina con fuerte predominio «anglofrancesado», para el despliegue internacional excluyen implícitamente la autonomía de las partes y recurren al punto de conexión conductista profundo *lugar de cumplimiento*, de modo que en los hechos tienden a una construcción relativamente *intervencionista* de espacios cerrados, autoritarios, previsibles y de justicia dirigida a los objetos. Quizás los Estados más pequeños temieron que un sistema de autonomía favoreciera a los Estados grandes.

⁴⁵ Es posible v. nuestro artículo "Derecho Internacional Privado de los contratos en general en el Mercosur", en "Investigación ..." cit., N° 24, págs. 37 y ss.

⁴⁶ En cuanto al debate en el que se decidió optar por la ley del lugar de cumplimiento con exclusión de la autonomía de las partes puede v. por ej. "Actas y Tratados del Congreso Sud-Americano de Derecho Internacional Privado (Montevideo 1888-1889)", completados con nuevos documentos y compilados sistemáticamente por Ernesto Restelli, Bs. As., Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, 1928, esp. págs. 113 y ss, y en particular págs. 262 y ss. Para conocer el marco de vigencia, v. por ej. GOLDSCHMIDT, "Derecho Internacional Privado", 6ª. ed., Bs. As., Depalma, 1988, pág. 31; KALLER de ORCHANSKY, Berta, con la colaboración de Adriana DREYZIN de KLOR y Amalia URIÓNDO de MARTINOLI, "Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado", Bs. As., Plus Ultra, 1991. Incluso hay adhesiones de Estados europeos.

El art. 32 del Tratado de Derecho Civil Internacional dice que «La ley del lugar donde los contratos deben cumplirse, decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente». El art. 33 agrega que «La misma ley rige: a) su existencia; b) su naturaleza; c) su validez; d) sus efectos; e) sus consecuencias; f) su ejecución; g) en suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea».

Los Tratados de 1939-40 fueron redactados en un tiempo de mayor intervencionismo y sentido «social» de los contratos. El art. 37 de las Reformas Introducidas al Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 dispone de manera análoga a la obra originaria que «La ley del lugar donde los contratos deben cumplirse rige: a) su existencia; b) su naturaleza; c) su validez; d) sus efectos; e) sus consecuencias; f) su ejecución; g) en suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea.» Los respectivos arts. 34 y 38 de los tratados de 1888-89 y 1939-40 califican el punto de conexión para evitar un ejercicio «oblicuo» de la autonomía de las partes.

Afirmando en su primera parte el sentido de conexión profunda de los contratos, el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 dice, con cierta referencia también intervencionista, que «El contrato de permuta sobre cosas situadas en distintos lugares sujetos a leyes disconformes, se rige por la del domicilio de los contrayentes si fuese común al tiempo de celebrar la permuta, y por la del lugar en que la permuta se celebró si el domicilio fuese distinto». En una variante de criterio relativamente abstencionista, el art. 40 establece que «Se rigen por la ley del lugar de su celebración, los actos y contratos en los cuales no pueda determinarse, al tiempo de ser celebrados y según las reglas contenidas en los artículos anteriores, el lugar de cumplimiento.» El art. 5 del Protocolo Adicional de 1940 dispone expresamente que «La jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos Tratados, no pueden ser modificadas por voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley.»

Los Tratados de Montevideo, celebrados en el tiempo de la *internacionalidad clásica* e inspirados en soluciones económicas intervencionistas, no nos parecen compatibles con la integración mercosureña y creemos que deben considerarse excluidos, de cierto modo *inaplicables*, por cambio de la realidad social a la que deberían regir. Menos serían idóneos para el desarrollo del ALCA.

b) La Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales

16. Las obras de las Conferencias Especializadas de Derecho Internacional Privado organizadas por la Organización de Estados Americanos (CIDIP) han recibido diversas influencias y tienen distintos niveles de aceptación⁴⁷. La Convención sobre Derecho

⁴⁷ Entre las influencias se destaca la de la Conferencia de La Haya, en tanto parece que a la luz de la ciencia y la técnica de la elaboración de normas (datos reales, históricos, ideales y racionales y construcciones técnicas) se advierte que las investigaciones básicas necesarias al respecto por lo menos no han resultado completas. Ha llegado a decirse, no sin cierto fundamento, que «Con la brillante pero aislada excepción de la Convención sobre normas generales, las convenciones que no se limitan a copiar los textos vigentes en América, suelen beber en las fuentes de la Conferencia de La Haya de D. I. Pr., de la C. E. E., del Consejo de Europa, de la UNCITRAL y en algún caso de la Sociedad de Naciones.» (FERNANDEZ ARROYO, Diego, «La codificación del Derecho Internacional Privado en América Latina», Madrid, Beramar, 1994, págs. 209 / 210).

aplicable a los Contratos Internacionales, aprobada en la Quinta Conferencia realizada en México en 1994, pero todavía no ratificada por la Argentina, dice en su art. 7 que «El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo. - La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable.» Según el art. 9, de clara afinidad con el pensamiento norteamericano «Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, 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. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.- No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato». Conforme al art. 10, «Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, 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.» Según el art. 11 «No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo.- Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.»⁴⁸.

⁴⁸ Acerca de la Convención y su ámbito de aplicación puede v. Organización de los Estados Americanos. Temas de la OEA. Subsecretaría de Asuntos Jurídicos. Departamento de Cooperación y Difusión Jurídica, <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-56.html> (25-3-2002). V. asimismo ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. CIDIP-V, OEA/Ser.K/XXI.5, CIDIP-V/doc.32/94 (Informe del Relator de la Comisión I Relativo al Derecho Aplicable a la Contratación Internacional). Es posible c. nuestro artículo "Aportes para la comprensión axiológico-histórica de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales", en "Boletín de la Sección Derecho Internacional Privado de la AADI", Nº 5, págs. 27 y ss. V. SOSA, Gualberto Lucas, "El Derecho Internacional Privado Interamericano y el Derecho de la Integración", Corrientes, Tercer Milenio, 1996, págs. 97 y ss.; FERNANDEZ ARROYO, Diego P., "La Convention Interamericaine sur la loi applicable aux contrats internationaux: certains chemins conduisent au-delà de Rome", en "Revue critique de droit international privé", t. 84, págs. 178 y ss.; SEXTAS JORNADAS DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, "El Derecho internacional privado interamericano en el umbral del siglo XXI", Segovia, 1 y 2 de diciembre de 1995, Madrid, Departamento de Derecho internacional público y de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid - Eurolex, 1997. C. DREYZIN de KLOR, Adriana - URIONDO de MARTINOLI, Amalia, "Derecho Internacional Privado y de la Integración Regional. Fuentes convencionales", Bs. As., Zavalla, 1996.

El art. 7 plantea un modelo *abstencionista*, de espacios abiertos, con previsibilidad encomendada a las partes y de justicia dirigida a los sujetos. Los arts. 10 y 11 procuran en cierta medida equilibrarlo con una fuerte pero no previsible intervención judicial⁴⁹. No creemos que la Convención de la CIDIP sea adecuada para la internacionalidad clásica, pero pensamos que, pese a tener en sí tendencia *globalizadora*, puede alcanzar alguna idoneidad para los procesos de *integración*. No es sin cierta razón que suele proponerse su empleo en el Mercosur, a veces con el agregado de algunos criterios más concretos para la orientación de los tribunales, pero cabe estar atentos respecto de la realidad de que, una vez ratificado, el tratado entrará a regir también con otros países americanos ratificantes respecto de los cuales pueden no quererse un abstencionismo y una imprevisibilidad tan intensos.

c) El Mercosur: una carencia histórica de normas propias

17. A nuestro parecer, la situación de los contratos internacionales en el Mercosur plantea una gran *carencia histórica* por novedad del problema integrador, que no puede ser solucionada por analogía con instrumentos internacionales elaborados incluso con el espíritu de otras épocas (Tratados de Montevideo) o no satisfactorios desde el punto de vista de la justicia, entre otras causas, por la desprotección que significan al fin respecto del poder de los jueces e incluso de las partes fuertes (CIDIP V).

Estimamos que en el proceso de recuperación mercosureña urge elaborar una fuente conflictual o incluso material respecto del régimen «internacional» de los contratos para el Mercosur pero, en tanto esto no suceda, se ha de dejar amplio –mas no ilimitado– marco a la autonomía de las partes. Los principios básicos del «Derecho Occidental», adecuados al fenómeno de la integración, pueden ser empleados en la tarea⁵⁰.

Consideramos que el mercado común no podría llegar a constituirse de manera adecuada con las soluciones de los Tratados de Montevideo, pero la comunidad podría ser de cierto modo asfixiada por el exceso de indeterminación de la obra de la CIDIP V.

b) El Derecho de fuente interna

18. El modelo jusprivatista internacional argentino de fuente interna es fuertemente aperturista y abstencionista. En la jurisprudencia y la doctrina nacionales existe un claro predominio de la admisión de la *autonomía conflictual* respecto de la validez intrínseca de

⁴⁹ La posible formación lenta de una jurisprudencia no cubriría los riesgos de manera suficiente.

⁵⁰ Cabe c. por ej. ESSER, Josef, "Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado", Barcelona, Bosch. Cabe considerar nuestro artículo "Necesidad de una convención sobre Derecho aplicable a los contratos en el Mercosur", en "Derecho de la Integración", N° 3, págs. 157 y ss.

los contratos⁵¹. Subsidiariamente se aplica un régimen de conflicto de leyes del *Código Civil* de 1869, obra de Dalmacio Vélez Sársfield sancionada a libro cerrado bajo la presidencia del Domingo Faustino Sarmiento, uno de los más importantes líderes del grupo «anglofrancesado», que combina influencias de Story y Savigny en un complejo sistema apoyado en la ley del lugar de celebración y la del lugar de ejecución.

Según el art. 1205 «Los contratos hechos fuera del territorio de la República, serán juzgados, en cuanto a su validez o nulidad, su naturaleza y obligaciones que produzcan, por las leyes del lugar en que hubiesen sido celebrados»⁵². El art. 1206 especifica que se exceptúan del artículo anterior aquellos contratos que fuesen inmorales, y cuyo reconocimiento en la República resultase injurioso a los derechos, intereses o conveniencias del Estado o de sus habitantes. Conforme al art. 1209 «Los contratos celebrados en la República o fuera de ella, que deban ser ejecutados en el territorio del Estado, serán juzgados en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones, por las leyes de la República, sean los contratantes nacionales o extranjeros.»⁵³. De acuerdo con el art. 1210 «Los contratos celebrados en la República para tener su cumplimiento fuera de ella, serán

⁵¹ En general pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, "Derecho ..." cit., págs. 198 y ss. y 393; "Sistema ..." cit., t. II, págs. 449 y ss.; KALLER de ORCHANSKY, op. cit., pág. 351; BOGGIANO, Antonio, "Curso de Derecho Internacional Privado", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1993, págs. 583 y ss.; "Derecho Internacional Privado", Bs. As., Abeledo-Perrot, t. II, págs. 252 y ss.; WEINBERG de ROCA, Inés, "Derecho Internacional Privado", Bs. As., Depalma, 1997, págs. 173 y ss.; BASZ, Victoria - CAMPANELLA, Elisabet, "Derecho Internacional Privado", Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 1999, págs. 203 y ss.; también cabe c. BALESTRA, Ricardo R., "Derecho Internacional Privado - Parte Especial", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1997, págs. 61 y ss. También es posible c. VICO, Carlos M., Dr., "Curso de Derecho Internacional Privado" compilado por Isauro P. Argüello y Pedro Frutos, readaptado y actualizado por el Dr. Isauro P. Argüello, 4ª. ed., Bs. As., Biblioteca Jurídica Argentina, t. I, págs. 345 y ss.; ROMERO DEL PRADO, Víctor N., "Derecho Internacional Privado", Córdoba, Assandri, t. II, 1961, págs. 603 y ss.; LAZCANO, Carlos Alberto, "Derecho Internacional Privado", La Plata, Platense, 1965, págs. 413 y ss.

La fundamentación del último Proyecto de Código Civil dice al respecto que el Capítulo de los contratos otorga amplio respeto a la autonomía de la voluntad de las partes en la elección del derecho aplicable, acogiendo la unánime tendencia de la jurisprudencia, doctrina nacional y las soluciones que ofrece el derecho comparado y las normas convencionales. Además de elegir el derecho aplicable, las partes tienen libertad para crear o incorporar normas sustanciales adaptadas al negocio de que se trate. También podrán desplazar las normas imperativas del Derecho Privado aplicable al contrato mediante cláusulas de contenido distinto, siempre que éstas no afecten el orden público internacional ni las normas imperativas de aplicación necesaria de la República. (cita art. 948 Proyecto de la Comisión dec. 468/92 y Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías). El derecho del Estado con el cual el contrato presenta los vínculos más estrechos, se aplica en subsidio a falta de elección. Asimismo, se reconoce vigencia a los principios y a los usos contractuales de general aceptación, impuestos por la práctica del comercio internacional, siempre que razonablemente las partes hayan entendido sujetarse a ellos. - La libertad otorgada a las partes está limitada por las normas imperativas de aplicación necesaria del derecho del foro.

⁵² La nota del Codificador se remite a la opinión de Story en Conflict of Laws. En su comentario al art. 1205 José Olegario Machado hacía ya referencia a la influencia del espíritu cosmopolita que había penetrado en todas las capas sociales (MACHADO, José Olegario, Dr., «Exposición y comentario del Código Civil argentino», Bs. As., Científica y Literaria Argentina, t. III, 1922, pág. 543).

⁵³ Se ha entendido, con un criterio que no compartimos, que el artículo se basa en la soberanía territorial y se ha pretendido que la regla general fuese la aplicación de la ley del lugar de ejecución (MACHADO, op. cit., t. III, pág. 545).

juzgados, en cuanto a su validez, su naturaleza y obligaciones, por las leyes y usos del país en que debieron ser cumplidos, sean los contratantes nacionales o extranjeros»⁵⁴. El art. 1214 establece que «Si el contrato fuese hecho entre ausentes por instrumento privado, firmado en varios lugares, o por medio de agentes, o por correspondencia epistolar, sus efectos, no habiendo lugar designado para su cumplimiento serán juzgados respecto a cada una de las partes, por las leyes de su domicilio». El art. 3129 regula que la hipoteca constituida desde país extranjero debe tener una causa lícita por las leyes de la República.

Aunque el sistema legislativo subsidiario ha sido considerado un «laberinto de misteriosas disposiciones», Werner Goldschmidt propuso una interpretación que ha tenido favorable acogida. Presenta diversas hipótesis: cuando los contratos tienen lugar de celebración y cumplimiento determinados, si tienen contacto relevante argentino (lugar de celebración o de ejecución) se aplica la ley del lugar de ejecución, de lo contrario se utiliza la ley del lugar de celebración; si sólo se ha determinado uno de esos lugares, se recurre a la ley de ese país y si no hay lugar determinado de celebración ni de cumplimiento las obligaciones de cada una de las partes se rigen por la ley de su domicilio⁵⁵. La obra velezana da a los contratos vinculados con el país el control social del país de ejecución.

El inc. 4 del art. 14 establece el «*favor negotiorum patriae*» disponiendo que las leyes extranjeras no serán aplicables cuando las leyes del Código en colisión con ellas fuesen más favorables a la validez de los actos. Además de la habitual reserva del orden público, que en el Derecho de fuente interna está en el art. 14 del Código Civil y se reitera respecto de la validez de los contratos en el referido art. 1206 existen, de modo particularmente creciente en los últimos tiempos, *leyes de policía* entre las que se destaca el subsistema normativo de la ley de emergencia pública y reforma del régimen cambiario 25.561 de enero de 2002, que interviene ampliamente en los contratos y el régimen monetario⁵⁶.

Como en la Argentina los usos y costumbres pueden crear derechos, al menos cuando son «secundum» o «praeter legem» (art. 17 del Código Civil), cabe admitir que la «*lex mercatoria*» puede ser aplicada con esos alcances⁵⁷.

⁵⁴ En la nota a los arts. 1209 y 1210 el Codificador relata que según Story la Corte de los Estados Unidos había establecido como un principio general que los contratos hechos en un lugar para ser cumplidos en otro son regidos por las leyes del lugar de la ejecución.

⁵⁵ GOLDSCHMIDT, «Derecho ...» cit., págs. 394/5.

⁵⁶ Sarmiento tenía profunda simpatía por los Estados Unidos de América y por Europa y escribió «Facundo. Civilización y Barbarie», obra en la que criticó duramente a la cultura gauchesca y en general «hispánica tradicional» (pueden v. nuestra «Comprensión justilosófica del «Martín Fierro»», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984; «Notas de un diálogo del «Facundo» y el «Martín Fierro»», en «Filosofía, Literatura y Derecho», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 101 y ss.).

⁵⁷ Con más precisión suele hablarse de «nueva» *lex mercatoria*. También cabe mencionar, v. gr., los aportes de la Cámara de Comercio Internacional y la obra de UNIDROIT.

En cuanto al horizonte jurisprudencial pueden v. las obras de Derecho Internacional Privado argentino mencionadas precedentemente, en especial por ej. GOLDSCHMIDT, «Derecho ...» cit., págs. 414 y ss.).

19. Con miras a comprender mejor el régimen internacional de los contratos de fuente interna argentino cabe señalar que la reserva habitual del *orden público*⁵⁸ conduce, por ejemplo, a principios contenidos en las disposiciones de Derecho Interno de los arts. 1197, 1198 y 1071 del Código Civil. El art. 1197 establece que «Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma.». Según el art. 1198, reformado en la ley 17.711, «Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. ...»⁵⁹. El art. 1071, con un texto también producto de esa reforma, regla que «El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. - La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.» Aunque el art. 1197 es mencionado a veces también como parte del Derecho Internacional Privado argentino consagratoria de la autonomía de las partes, compartimos la opinión de que, al igual que los arts. 1198 y 1071, es parte del Derecho Interno. Todas estas disposiciones aclaran, no obstante, lo que debe entenderse como orden público internacional argentino en materia de validez intrínseca de los contratos.

20. En concordancia con el espíritu predominante en la época en que se sancionaron sus normas legales, el Derecho Internacional Privado argentino de fuente interna respecto de la validez intrínseca de los contratos es fuertemente afín al *abstencionismo liberal*. Sin perjuicio de la aspiración de que se elaboren disposiciones mercosureñas, creemos que si median condiciones de «correspondencia» con las legislaciones de países socios, es relativamente adecuado para un proceso integrador, sobre todo para la constitución de un *espacio jurídico común* como el que deseamos ver formado en nuestra región.

En el panorama general, el empleo de la autonomía conflictual es incluso una «vía de salida» para superar la desconfianza que puede generar el Derecho Interno argentino, sometido a una crisis en la que se intervienen los contratos de manera reiterada e incluso se cuestionan ciertas instituciones judiciales, pero a su vez cabe el interrogante respecto de su idoneidad para un país con una economía débil.

III. Conclusión

21. El Derecho Internacional Privado de conflicto de leyes acerca de la validez intrínseca de los contratos es una pieza de la estrategia jurídica y política general de un país.

⁵⁸ Art. 14 inc. 2 del Código Civil.

⁵⁹ Acerca de la importancia de la buena fe en el pensamiento de *Clóvis do Couto e Silva*, puede v. por ej. Juris Poiesis, Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, O Mestre e o Jurista, Aurélio Wander Bastos, <http://www.estacio.br/direito/revista/revista4/artigo3.htm> (30-3-2002).

Los Tratados de Montevideo y la Convención de la CIDIP no son, por diversas causas, idóneos para el proceso de integración del Mercosur, realización en la que los países de la región deberían centrar su interés. Los primeros son excesivamente intervencionistas; los segundos generan un abstencionismo espacialmente demasiado amplio.

Aunque sería conveniente el dictado de una normatividad específica mercosureña, estimamos que el Derecho de fuente interna argentino presenta características adecuadas para dicha integración⁶⁰.

⁶⁰ En general en relación con el tema pueden v. asimismo por ej. AUDIT, Bernard, "Droit International Privé", París, Economica, 1991, págs. 627 y ss.; MAYER, Pierre, "Droit international privé", 5ª. ed., París, Montchrestien, 1994, esp. págs. 453 y ss.; KASSIS, Antoine, "Le nouveau droit européen des contrats internationaux", París, L.G.D.J., 1993; JAYME, E. - PICCHIO FORLATI, L. (ed.), "Giurisdizione e legge applicabile ai contratti nella CEE", Padua, CEDAM, 1990; BALLARINO, Tito, "Diritto Internazionale Privato", 2ª. ed., Padua, CEDAM, 1996, págs. 582 y ss.; MOSCONI, Franco, "Diritto Internazionale Privato e Processuale. Parte Generale e Contratti", Turín, UTET, reimp. 1996, págs. 167 y ss.; CARBONE, Sergio M. - LUZZATTO, Riccardo, "Obbligazione. VI) Diritto Internazionale Privato e Processuale: Obbligazioni da Contratto", en "Enciclopedia Giuridica", Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana; FERNANDEZ ROZAS, José Carlos (ed.), "Derecho del comercio internacional", Madrid, Eurolex, 1996, "Régimen general de la contratación internacional", capítulo redactado por ESPLUGUES MOTA, C. - REQUEJO ISIDRO, M. - CHECA MARTINEZ, M - SANCHEZ LORENZO, S., págs. 273 y ss.; SIQUEIROS, José Luis, "Ley Aplicable en Materia de Contratación Internacional", en "Direito e Comércio Internacional. Tendências e Perspectivas. Estudos em Homenagem a Irineu Strenger", San Pablo, LTr, 1994, pág. 249 y ss.; VALLADAO, Haroldo (Professor), "Direito Internacional Privado", 2ª. ed., Río de Janeiro, Freitas Bastos, t. II, págs. 182 y ss.; TENÓRIO, Oscar, "Direito Internacional Privado", 11ª. ed. actualizada por Jacob DOLINGER, Río de Janeiro, Freitas Bastos, t. II, 1976, págs. 171 y ss.; DE SOUZA CAMPOS BATALHA, Wilson, "Tratado de DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO - II", 2ª. ed., págs. 228 y ss.; cabe recordar v. gr. BEVILAQUA, Clovis, "Principios elementares de Direito Internacional Privado", Río de Janeiro, Río. Asimismo se puede c. v. gr. "Jornadas sobre la Unificación del Derecho de Obligaciones y Contratos en el Ambito de la Comunidad Europea", Cáceres, 1993-1994.