

ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL.
TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS.
ORDEN PÚBLICO EN EL ORDENAMIENTO
DEL MERCOSUR

PABLO ENRIQUE DE ROSAS*

I. INTRODUCCIÓN

La noción de orden público internacional en la estructura de Savigny, se nos presenta vinculada al método de la regla de conflicto como un *elemento correctivo* (en la visión de Juenger)¹ a lo hecho por el legislador que ha creado una regla de conflicto bilateral y neutra.

* PABLO ENRIQUE DE ROSAS. Abogado. Profesor de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Mendoza, Argentina. (E-mail: derosaspablo@hotmail.com). El autor quiere agradecer especialmente por sus relevantes aportes bibliográficos y grandísima ayuda en la corrección y redacción del presente trabajo a la Prof. María Andrea Ferreyra, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

¹ Dice el Profesor Juenger acerca de la historia de la noción de orden público: «*Bartolus and other early writers talked about "odious statutes" whose territorial reach should be circumscribed narrowly, and Huber argued that comity did not require the forum to recognize those foreign laws that cause prejudice to the power or rights of such government or of its subjects. Story echoed this thought, adding that «the right and duty of every nation to protect its own subjects against injuries from the unjust and prejudicial influence of foreign laws» justifies the forums refusal to enforce alien rules that are repugnant to its own interests and*

Puede suceder que la ley extranjera designada por la norma indirecta contenga disposiciones que, aplicadas a la especie, lesionen las concepciones sociales y jurídicas del foro hasta un punto inaceptable. Entonces creemos que el Juez conserva la posibilidad de descartar la aplicación de esa ley extranjera al caso concreto sometido a su resolución para defender los valores materiales que sustentan la propia concepción de justicia, hoy cada vez más interrelacionada, más internacionalmente coincidente.

Pero no debe dársele a esta noción una interpretación extensiva, en el marco del supremo valor material de la tolerancia. Goldschmidt decía que el orden público era como un caballo desbocado que debía ser enlazado y puesto en el corral, pues no se sabía adonde podía arrastrar a su jinete².

II. TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS

Tras estas breves consideraciones introductorias, entraré de lleno en las tendencias actuales de esta institución difícil de cernir.

Podemos afirmar que continúa la tendencia a reducir la intervención del orden público internacional como excepción a la aplicación del derecho extranjero. No solamente la «incompatibilidad» de la legislación extranjera debe ser «manifiesta»³, sino que se ha desarrollado una tendencia notable en la doctrina iusprivatista internacional actual en virtud de la cual se gradúa la reacción del orden público internacional según la conexión del caso con el foro.

*policy. Savigny also recognized inherent limits on the equal treatment of foreign and local law. Mancini went even further, he view the concept of public policy not as a mere escape hatch, but as an intrinsic part of conflicts methodology. In other words, for centuries scholars have recognized that because the classical choice of law rules are apt to invoke noxious foreign rules, forum law must serve as a corrective of last resort...» (JUENGER, Friedrich K., *Choice of Law and Multistate Justice*, Kluwer Law, 1993).*

² GOLDSCHMIDT, Werner, *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*, Ed. Bosch, Barcelona, 1948, tomo I, pág. 276.

³ CONVENCION DE LA HAYA SOBRE DERECHO APLICABLE A LAS SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE DE 1988, que en su art. 18 prevé que «la aplicación de cualquiera de las leyes determinadas por la Convención puede ser rechazada solo cuando tal aplicación fuese **manifiestamente incompatible** con el orden público.» (La negrita es de nuestra autoría).

Esta noción, apreciada por Franz Kahn a fines del siglo XIX —y que guarda cierto parentesco con la reacción «atenuada del orden público»— aparece hoy en ámbitos diversos, fundamentalmente, en materias de **derecho de familia y de derechos fundamentales**.

Las preguntas que se plantean serían las siguientes: *¿Influencias del pensamiento unilateralista e Intromisión del principio de proximidad en el método conflictual, y, en consecuencia, en una institución que es el último paso del razonamiento conflictual, como el control del orden público internacional?*

El hecho es que **la aplicación de un derecho extranjero diferente, es tanto menos tolerable cuanto más próxima al foro es la situación**. En la base de esta noción heterogénea, hallamos un núcleo irreductible constituido por **principios de validez universal**.

El fenómeno del apogeo de los Derechos Humanos, que caracteriza a nuestra cultura a nuestra sociedad del siglo XXI, especialmente después de las atrocidades de la segunda guerra mundial, del terrorismo en Latinoamérica, y el auge sin piedad del terrorismo radicalizado pre y post 11 de septiembre de 2001, ha influido e influye en el constitucionalismo de nuestros días, de modo que los distintos Estados han incorporado a sus Constituciones no solamente los principios que hacen a las libertades cívicas y a los derechos políticos, que se afirmaron a partir de la Revolución Francesa, sino *principios universales relativos a la dignidad de la persona humana*, que constituyen hoy una parte medular del «*espíritu de la legislación*».

Esta tendencia *pone en duda la afirmación tradicional*, en el sentido de que el orden público internacional está constituido por principios de derecho privado de índole nacional. Pues bien, **debemos enriquecer la noción con los derechos fundamentales del hombre**, que afectan el funcionamiento tanto del conflicto de leyes como del conflicto de jurisdicciones, especialmente el reconocimiento de sentencias extranjeras, y dar un matiz de «*supranacionalidad*» a una noción que originariamente fue concebida como patrimonio de un Estado concreto.

Las tres notas que hemos destacado son:

- 1) la tendencia a la reducción del concepto de orden público internacional,

- 2) la tendencia a graduar la reacción según los lazos del caso con el foro, y
- 3) la tendencia a enriquecer la noción con un núcleo de validez universal que entronca con los derechos fundamentales del hombre.

Ahora bien, junto a esta noción, advertimos la formación y la afirmación de otros ordenamientos que tienden a sus propios objetivos, que generan sus propios valores y que interactúan con los ordenamientos estatales⁴. En este orden de ideas, señalaremos la insinuación de *un orden público que algunos autores llaman a-nacional o transnacional*, constituido por valores materiales a los que deben atenerse los operadores del comercio internacional, al menos cuando sus cuestiones son dirimidas por los árbitros, órganos de esta «*sociedad de los comerciantes*»⁵.

Por otra parte, creemos junto con la profesora argentina Adriana Dreyzin de Klor que asistimos al nacimiento de un *incipiente orden público que expresa los valores originarios del proceso de integración*⁶. El fenómeno de la formación de regiones y subregiones de Estados en procesos de integración económica (con aspiraciones de comunidad económica, pero también de integración social, cultural y política) genera la concepción de un ***bien común regional***, que sustenta la noción de un orden público autónomo.

Esta noción condiciona la producción normativa de las nuevas fuentes «legiferantes» y también las legislaciones nacionales de fuente interna, que no pueden constituir obstáculo a los objetivos de la integración.

En la Unión Europea, una de sus Directivas legislativas específicas hace referencia a la posibilidad de no admitir el registro de un

⁴ BOGGIANO, Antonio, *Relaciones exteriores de los ordenamientos jurídicos*, Ediciones La Ley 1995, cap. XVII, págs. 123 y ss.

⁵ KAHN, Phillippe, «Droit international économique, droit du développement, lex mercatoria: concept ou pluralisme des ordres juridiques», en *Études offertes à Berthold Goldman, Le droit des relations économiques internationales*, París, Litec, 1982, págs. 97/107, esp. pág. 100.

⁶ DREYZYN DE KLOR, Adriana, *El MERCOSUR*, Ed. Zavalía, 1997, cap. 8; *El orden público del MERCOSUR*, págs. 323 y ss.

derecho de invención en cuestiones biotecnológicas cuando éstos afecten al orden público o la moralidad más allá de las legislaciones nacionales de los Estados miembros⁷. Además un fallo de 1990 resuelto por la Corte de las Comunidades Europeas en *re «Comisión de la Comunidad Europea v. República Federal de Alemania»* parece desprender una idea de un «**orden público de la comunidad**»⁸.

Vamos a ilustrar estas tendencias contemporáneas con ejemplos de la jurisprudencia argentina y extranjera, finalizando nuestras conclusiones respecto al orden público en el ordenamiento del MERCOSUR y el orden público transnacional.

III. PRINCIPIOS DE UN ORDENAMIENTO ESTATAL

El Derecho de familia constituye el ámbito por excelencia de la intervención del orden público, en razón de que las normas que regulan las instituciones reposan sobre concepciones a la vez sociales, morales y religiosas, sensibles frente a las leyes de países que pertenecen a civilizaciones diferentes.

La jurisprudencia nos muestra que, en los últimos años, los jueces han recurrido a esta noción para proteger *el derecho a la identidad*, para proteger *la indisponibilidad del estado civil*, para asegurar *la tutela efectiva de un menor desplazado o retenido ilícitamente por uno de sus padres o parientes cercanos*. El impedimento de *ligamen*, por su parte, continúa ofreciendo matices que estimulan nuevas argumentaciones en torno a viejos conflictos.

La preocupación por los derechos humanos que caracteriza a nuestro tiempo, conlleva una especial tutela del llamado **orden público procedimental**, que controla el respeto al derecho de defensa en el procedimiento extranjero, que culmina con la sentencia que se presenta a desplegar efectos en el foro.

⁷ Directiva de la Unión Europea 98/44/EC, 1998 del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa relativa a la protección legal de las invenciones biotecnológicas. Art 36.

⁸ EU case C 195/90, que en la parte relevante a nuestro tema dice «...*the unilateral introduction of the road tax by the Federal Republic of Germany constitutes an unacceptable undermining of **ordre public in the Community**...*».

IV LA JURISPRUDENCIA FRANCESA Y EL ORDEN PÚBLICO

Traemos a análisis un caso de la jurisprudencia francesa resuelto en 1995 por la Corte de Apelaciones de París⁹. En el derecho francés no es posible otorgar adopción plena cuando el niño tiene filiación establecida no sólo con el cónyuge de quien desea adoptar, sino con el progenitor premuerto. La finalidad de la norma es que el niño no rompa lazos con la familia del progenitor premuerto, pues ello preserva su identidad de origen¹⁰.

La esposa alemana de un nacional francés pidió la adopción plena de las tres hijas del anterior matrimonio de su cónyuge con una francesa que había fallecido; la norma de conflicto francesa para la constitución y efectos de la adopción, designa la ley nacional del adoptante, es decir, en el caso, la ley alemana. Todos vivían en Francia, los abuelos maternos de los niños eran franceses y también vivían en Francia. Había lazos muy fuertes con el foro y la Corte hubiera podido justificar la aplicación de la ley francesa a las relaciones de los niños con los parientes de su madre muerta. Sin embargo, la Corte francesa siguió el razonamiento conflictual que conducía a la ley alemana de la nacionalidad del adoptante y señaló que *una ley extranjera que corta todo lazo con la familia de sangre de la madre premuerta sería contraria al orden público internacional francés, pero tal no es el caso de la ley alemana, que prevé una adopción plena que deja subsistir los lazos familiares con la rama materna de origen.*

Las **acciones de filiación** han dado numerosos ejemplos del funcionamiento de la excepción de orden público. Algunos casos planteados ante los tribunales franceses en los cuales la ley extranjera designada por la norma de conflicto del foro —por ejemplo, la ley

⁹ Cour d'Appel de Paris (1a. Ch. Civ.) 31/3?95 (Rev. Cr. 1996-314)

¹⁰ El art. 345-1 del Código Civil francés al tiempo del fallo que se comenta, fue modificado por la ley 96-604 del 5 de julio de 1996, y dice así: «L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise: 1) Lorsque l'enfant n'a de filiation **legalmente** établie qu'a l'égard de ce conjoint; 2) Lorsque l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale; 3) Lorsque l'autre parent que le conjoint est decede et n'a pas laisse d'ascendants au premier degré ou lorsque ceux-ci se son manifestement desinteresses de l'enfant».

tunecina o la ley senegalesa— desconocía o rechazaba la acción de búsqueda de la paternidad.

En 1979 se había dado un caso del Tribunal de Gran Instancia de París, que había descartado en nombre del orden público internacional, la aplicación de la ley argelina de la nacionalidad de la madre, que ignoraba la búsqueda de la paternidad natural, en una especie en la que el niño y el pretendido padre (nacional francés) vivían en Francia¹¹. Paul Lagarde en su comentario al fallo, afirmó: «*Es un hecho que el orden público francés está más afectado por la imposibilidad de un niño francés de buscar a su padre francés, que por la imposibilidad de un niño argelino de buscar a su padre argelino*». En ese sentido, el TGI París, el 3 de julio de 1980, rechazó la demanda de un niño senegalés, residente con su madre en Senegal, contra un pretendido padre francés, residente en Francia, por aplicación de la ley senegalesa conforme al art. 311-14 del Código Civil Francés.

El cambio copernicano se produjo cuando la Corte de Casación retomó y explicitó este principio en 1993¹², **resguardando el derecho del niño a conocer su identidad**. Los Jueces constataron que el niño tenía certificado de nacionalidad francesa, residía en Francia desde su nacimiento, y resolvieron que **correspondía descartar la ley tunecina normalmente aplicable**, en beneficio del art. 340 del Cc francés. Máxime considerando que, por el avance de la prueba científica de fiabilidad superior al 99%, toda vez que los niños franceses tenían la facultad de hacer establecer en justicia la paternidad jurídica de su progenitor, no podía aceptarse que niños de madre extranjera, franceses o extranjeros, que residiesen normalmente en Francia, no pudiesen gozar de ese derecho. En esas condiciones, *la ley nacional de la madre, que impedía establecer la filiación, era contraria al orden público internacional francés*.

En efecto, del fallo se pueden inferir dos condiciones: a) que la ley extranjera ofenda las convicciones del foro y además, b) que la ley francesa tenga lazos muy estrechos con la situación. Se ha afirmado que esta sentencia de la Corte de Casación del 20 de febrero de 1993 consagra en derecho francés la noción alemana de «*Inlands-*

¹¹ TGI París, 23 de abril de 1979, *Rev. Critique DIPr*, 1980, pág. 79, nota Paul Lagarde.

¹² Cour Cassation (1a. Ch. Civ.) 10 de febrero de 1993, «ML c/Mme.B», *Rev. Critique DIPr*, 1993-620, con nota de J.Foyer.

beziehung», es decir, un orden público internacional concebido en función del lazo de la especie con el territorio¹³.

En cuanto a la **protección de la indisponibilidad del estado civil**, los progresos científicos extraordinarios de los últimos tiempos, particularmente de la biología, que entrañan la capacidad de alteración del hombre por el hombre y de poder sobre su propia especie, han modificado la problemática de los derechos y libertades individuales. Así, con motivo de la procreación asistida se suscitan nuevos problemas de derecho interno y de derecho internacional privado, por la tensión de dos principios: *el deseo vital de tener descendencia y la necesidad de mantener la especie humana al margen de la devastación que puede causar la manipulación genética*.

Pareciera entonces que este orden público internacional estaría integrado, por lo menos, por tres principios: **el carácter no patrimonial del cuerpo humano, la protección de la integridad de la especie humana y la protección de los derechos del niño**.

El Tribunal de Gran Instancia de París conoció del siguiente caso. Se trataba de un niño concebido por inseminación artificial de una madre de sustitución de nacionalidad americana, que aceptó gestar al niño y darlo a luz —en virtud de un contrato válido para el derecho norteamericano— y abandonarlo a favor del padre biológico. Este último obtuvo una decisión norteamericana que constató su reconocimiento, y otra decisión judicial que constató el abandono de la madre biológica y dispuso la transferencia de los derechos a favor del padre. En esas condiciones, el niño y el padre partieron de los Estados Unidos. Una vez en Francia, la esposa del padre francés presentó una demanda de adopción plena, que fue rechazada por el TGI de París, por contrariar el orden público internacional francés. La decisión fue revocada por la Corte de Apelaciones de París¹⁴ y el asunto fue sometido a la Corte de Casación.

El Alto Tribunal francés, en pleno, estableció como doctrina: *«La convención por la cual una mujer se compromete, así sea a título gra-*

¹³ BATTIFOL, Henri, y LAGARDE, Paul, *Traité...*, tomo 1, n.º 360/363. Esta obra efectúa una relación con la noción alemana de «Inlandsbeziehung» y la evolución de la jurisprudencia francesa sobre el efecto atenuado y el efecto pleno del orden público internacional.

¹⁴ Cour d'Appel de Paris, 1.º Ch. Civ., 15 de junio de 1990, publicado en *Rev. Critique DIPr.*

tuito, a concebir y a gestar un niño para abandonarlo a su nacimiento, es ofensiva tanto al principio de indisponibilidad del cuerpo humano como al principio de indisponibilidad del estado de las personas. Una ley extranjera permisiva de tal convención, es contraria al orden público internacional francés. La adopción del niño se presenta como la fase final de un proceso contractual tendiente a permitir que una pareja reciba en su hogar a un niño, concebido en ejecución de un contrato tendiente a que la madre lo abandone a su nacimiento; por contrariar el principio de indisponibilidad del estado civil y del cuerpo humano, el acuerdo es contrario al orden público internacional y desvirtúa la institución de la adopción»¹⁵.

V. ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL COMO EXCEPCIÓN A UNA CONVENCION INTERNACIONAL CUYO OBJETIVO ES EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Los trabajos de preparación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, sensibilizaron a los Estados, aún antes de su vigencia internacional, sobre los sacrificios que se justificaban en interés del niño. Esta orientación, plasmada en el art. 3, párrafo primero, de la Convención¹⁶, obligó a una reformulación del contenido del orden público internacional.

Cuando la finalidad de un tratado es lograr un **objetivo tuitivo concreto a favor del menor**, en temas cuya solución sólo puede alcanzarse mediante una actuación concertada y solidaria de los Estados, la excepción del orden público internacional —que habilita a cada Estado parte a liberarse de su obligación convencional— se limita a su contenido mínimo tolerable, que es *evitar la ofensa a los derechos humanos fundamentales del niño*¹⁷.

¹⁵ Cour Cassation, Ass. Plenièrre, 31 de mayo de 1991, publicado en *Revue Critique DIPr*, 1991-711, con nota de Catherine Labrusse-Riou.

¹⁶ CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Naciones Unidas, 1980. Art 3, par. 1 «*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones publicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los organos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.*»

¹⁷ NAJURIETA, María Susana, «Orden público internacional y derechos fundamentales del niño», *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 1997-C, pág. 1436.

En el marco de la *Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980, sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, se insertó una fórmula de compromiso entre dos corrientes opuestas: la de aquellos que deseaban incorporar una cláusula de orden público internacional de tipo clásica, y la de quienes entendían que si cada país podía liberarse de sus obligaciones invocando motivos jurídicos propios de su derecho interno, se derrumbaría todo el edificio de la Convención¹⁸.

El artículo 20 quedó redactado así: «*La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el art. 12 podrá negarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*».

En el ámbito americano también se discutió la opción entre la fórmula tradicional del orden público internacional o una fórmula más limitada, en ocasión de la IV Conferencia Interamericana (CIDIP IV) reunida en Montevideo en 1989¹⁹. Creemos que la intención fue reducir el concepto, superar los límites de la legislación nacional e instituir un «orden público mejorado», constituido por principios aceptados en la comunidad internacional.

VI. LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

Los tribunales argentinos hicieron aplicación de este concepto «reducido» del orden público internacional en dos sentencias del año 1995. La primera en el tiempo la dictó la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 14 de junio de 1995.

¹⁸ Rapport Elisa Pérez Vera, *Actes et documents de la XIVe Session*, págs. 434 y 433.

¹⁹ CIDIP, IV, art. 25, de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, dice: «*La restitución del menor dispuesta conforme a la presente Convención podrá negarse cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido y consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño*».

A) **CONVENCIÓN DE LA HAYA 1980. RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES**

El más Alto Tribunal argentino dispuso, por mayoría, el retorno al Canadá de una niña de cinco años, retenida en Argentina por su madre en ocasión de una visita a Buenos Aires para pasar las fiestas de fin de año con los abuelos. El marco jurídico estaba dado por la Convención de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Dijo la Corte argentina: «...*La resignación a la invocación del orden público interno, que la República acepta al comprometerse internacionalmente, es la medida del sacrificio que el Estado debe hacer para satisfacer la recordada directiva del art. 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño y procurar que la vigencia de un tratado de aplicación rápida y eficaz tenga efectos disuasivos sobre las acciones de los padres que cometen sustracciones o retenciones ilícitas en atropello de los derechos del niño...*»²⁰.

En otra sentencia un par de meses más tarde, el 14 de septiembre de 1995, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, negó la restitución de un niño con fundamento en el art. 20 de la Convención de La Haya de 1980.

Los hechos relevantes pueden resumirse del modo siguiente. El matrimonio residía en Kuwait desde 1979. A raíz de la guerra del Golfo, la familia huyó y se refugió en Inglaterra en agosto de 1990, donde el niño comenzó a concurrir a una guardería. Sin consentimiento del marido, la madre llevó a su hijo a la Argentina e inició *juicio de tenencia*. A través de la Autoridad Central del Reino Unido, el padre promovió demanda de restitución en los términos de la Convención de La Haya de 1980. La primera instancia ordenó la restitución. Apelaron la madre del niño y el *Ministerio Pupilar*. Opusieron el art. 206, párrafo segundo, del Código Civil argentino que dispone que los menores de 5 años deben permanecer bajo la tenencia materna, disposición que reputaron como principio fundamental del Estado requerido. Sostuvo el Tribunal: «...*El aludido precepto del Código Civil es sólo un principio del derecho de familia argentino y los Estados partes de la Convención han aceptado sacrificar la invo-*

²⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14 de junio de 1995, «W., E.M. c/O., M.G: s/Exhorto», publicado en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1995, III, 430 y ss.

cación de los principios de su derecho de familia como causa de oposición»...»En cambio, cabe analizar si el derecho a la vida, que la Convención sobre derechos del niño (incorporada con rango constitucional por la reciente reforma al art. 75 de la Constitución Nacional) reconoce (art. 6.1.), se encuentra en riesgo...El derecho a la vida es un objetivo esencial de los tratados de derechos humanos, toda vez que constituye un núcleo indestructible».

El Tribunal estimó que, en el caso, de restablecerse la situación anterior al traslado ilícito, la vida del niño estaría expuesta a grave riesgo pues grupos fanáticos habían amenazado de muerte al padre. Esta sentencia revela que **la jerarquización de valores** (en cuya cúspide se encuentra el valor vida, su integridad y su dignidad) guía la solución de la tensión entre dos fuerzas: *por un lado el derecho interno coactivo en materia de menores, que todo juez tiende naturalmente a aplicar, y, por otro lado, los imperativos de las obligaciones asumidas internacionalmente en una materia en que ningún Estado puede actuar, aisladamente, con eficacia.*

En ambos casos, uno para conceder la restitución del menor en base a un instrumento convencional internacional, y otro para negarla, se apreció una noción muy exigente de orden público internacional.

B) ACTUALIDAD DEL ORDEN PÚBLICO AL APRECIAR LA VALIDEZ —DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO— DE UN MATRIMONIO CELEBRADO EN EL EXTRANJERO

Una noción de orden público actualizada conforme a la reforma del estatuto matrimonial y la entrada del *divorcio vincular* en la legislación argentina por medio de la sanción de la Ley 23.515 y aligerada por la circunstancia fáctica de que, al tiempo del juicio del caso en Argentina, el interesado había disuelto una anterior unión celebrada en Buenos Aires, fue afirmada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 12 de noviembre de 1996²¹.

²¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 12 de noviembre de 1996, «Sola., J.V. s/sucesión», *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Diario del 3/12/97, con nota de María Josefa Méndez Costa.

El Alto Tribunal consideró configurada cuestión federal por interpretación y aplicación del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, y afirmó: «...*en caso de un matrimonio celebrado en otro país contratante con impedimento de ligamen (el Tratado) no impone a los otros países contratantes la obligación internacional de desconocerle validez, sino que deja librado al orden público internacional del Estado requerido la decisión sobre la reacción que más convenga al espíritu de su legislación*».

Siguiendo con el tema la Corte Suprema de la Argentina sostuvo que dado que el principio de la disolubilidad del matrimonio civil por divorcio había sido recogido de nuestra jurisprudencia y legislación y, puesto que el causante Solá había disuelto su primer vínculo —si bien en fecha posterior a la celebración de la segunda unión en el Paraguay—, en «...*virtud del criterio de actualidad del orden público internacional, el orden jurídico argentino carece de interés actual en reaccionar frente a un matrimonio celebrado en el extranjero que invocado en el foro en virtud de los derechos sucesorios reclamados por la cónyuge superviviente*».

Podemos preguntarnos si la solución de este caso no significa de manera indirecta ponderar los lazos —débiles— que la especie presenta con el foro al tiempo del juzgamiento: el primer matrimonio del causante celebrado en la República estaba disuelto por divorcio vincular y no había descendientes del causante que disputaran derechos sucesorios con la esposa de la unión celebrada en el Paraguay.

VII. EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL COMO GARANTÍA DEL PROCEDIMIENTO REGULAR

El respeto al derecho de defensa, integra el orden público en oportunidad de verificar las condiciones de regularidad internacional de una decisión judicial extranjera, que se presenta para su reconocimiento —o ejecución— en el foro.

Debemos recordar que la citada teoría del efecto atenuado no se aplica en derecho comparado en materia de reconocimiento de decisiones judiciales, con el fin de menguar el rigor con que se controla el *respeto al derecho de defensa* en el procedimiento extranjero.

Los tribunales argentinos, por su parte, han resguardado vigorosamente la eventual indefensión de la parte contra la cual se pretende

una ejecución en la República en virtud de una sentencia extranjera. En el caso «*Riopar S.R.L. c/Transportes Argenrío S.A.*», la Corte Suprema de Justicia de la Nación negó el exequátur a una decisión de autoridad judicial de la República del Paraguay, que ordenaba la cancelación de una hipoteca naval, tras una subasta llevada a cabo en la capital Asunción, sin la participación del acreedor hipotecario, quien no había tenido «tiempo útil» para presentarse en juicio a defender sus derechos.

Dijo la Corte Suprema: «...*la orden judicial de extinguir, sin debate, la hipoteca naval regularmente constituida y registrada en el Estado de la bandera que el buque y las barcazas tenían al tiempo de los hechos, coloca en indefensión a la parte beneficiada por la garantía real y afecta principios constitucionales que integran el orden público internacional argentino (arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional), lo cual obsta al cumplimiento de la rogatoria*»²².

Este orden público vigoroso, que impide la inserción en el ordenamiento argentino de sentencias extranjeras, en las que se ha violado la garantía del debido proceso, ha evolucionado paulatinamente hacia un perfil definido en los pactos internacional de derechos humanos.

VIII. ÁMBITO DEL DERECHO PENAL Y ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

No nos referimos al orden público que, en el derecho penal, constituye uno de los bienes jurídicos dignos de protección. Nos referimos al orden público internacional en su sentido activo propio de su clásica función de eliminar la solución extranjera nociva a ciertos principios propios.

Pese a que, como regla, mantiene su vigencia el carácter territorial del derecho penal, hoy cada vez se habla más de los efectos —ciertos efectos— de una sentencia penal fuera del territorio donde ha

²² Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15 de octubre de 1996, «*Riopar S.R.L. c/Transportes Argenrío S.A. S/Exhorto*», *Revista Jurídica El Derecho*, Buenos Aires, Tomo 171, pág. 540, con nota de Lino Enrique Palacio; también en *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 1997, A, 227.

sido dictada. Generalmente, a fin de tomar en consideración la autoridad positiva de la cosa juzgada de una decisión penal extranjera para hacerle producir ciertas consecuencias en el foro²³.

Por ejemplo, sabemos que la extradición es un mecanismo de cooperación internacional penal en el ámbito represivo, que comporta el reconocimiento de ciertos efectos a una sentencia extranjera de condena²⁴, al menos, a fin de dar al reo el estatuto de condenado y de enviarlo al Estado reclamante a fin de que, en esa jurisdicción, se ejecute la pena.

Frente a ese reconocimiento aparece el orden público en su sentido de cláusula de reserva, en su función de evicción, frente a una decisión extranjera que desea desplegar ciertos efectos en el foro.

Según una centenaria jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no se concedía la extradición de un condenado «*in absentia*», en los supuestos en que las normas del país requirente no ofrecieran garantías bastantes de la realización de un nuevo juicio en presencia del encausado.

Cuando la sentencia condenatoria no podría ser sometida a revisión en el estado reclamante, la Corte se pronunciaba en estos términos²⁵: «*No es posible acceder al requerimiento de las autoridades italianas, pues en ello se hallan comprometidos principios que interesan al orden público de la Nación*». Es decir: a un pedido de cooperación judicial, se oponía el orden público concebido tal como en nuestro derecho procesal de fuente interna, se consagra la protección a la garantía del debido proceso.

En la causa «Nardelli Pietro Antonio s/extradición», fallada en 1996²⁶ en aplicación del nuevo tratado bilateral aprobado por Ley 23.719, se utilizó una noción de orden público ajustada al carácter internacional del caso. No se efectuó una confrontación con las leyes y principios del procedimiento penal argentino, sino que se ponde-

²³ HUET, André, y KOERING JOULIN, Renée, *Droit Pénal International*, Thémis, Ed. PUF, 1993, pág. 374/5.

²⁴ BOGGIANO, Antonio, *Relaciones exteriores...*, op. cit. en nota 14, pág. 64.

²⁵ Fallos 158: 250; 217: 340; 228: 640.

²⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, asunto «N.1 XXXI Nardelli Pietro Antonio s/extradición», del 5 de noviembre de 1996, *El Derecho* (t.173), pág. 606, con nota de Raúl Alberto Ramayo.

ró la garantía de defensa conforme a los «principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional argentina (art. 27), que comprenden actualmente los principios consagrados en los tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional (art. 75, inciso 22)».

En el considerando 17.º del fallo, la Corte afirmó: «*Que lo que expuesto conduce a que este Tribunal mantenga su línea jurisprudencial ya que el orden público internacional argentino, enriquecido a la luz de los principios contenidos en los tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional, continúa reaccionando frente a una condena criminal extranjera dictada in absentia cuando, como en el sub examine, resulta que el requerido no gozó de la posibilidad de tener efectivo conocimiento del proceso en su contra en forma oportuna a fin de poder ejercer su derecho a estar presente y ser oído*».

Esta evolución de un orden público definido según el derecho procesal penal interno, hacia un orden público de contornos definidos en los pactos internacionales, no tiene un interés puramente académico, sino decisivas consecuencias prácticas, dado que nunca entregaríamos al condenado *in absentia*.

En cambio, la medida de la protección que establecen los instrumentos internacionales estaría satisfecha cuando el imputado fuese debidamente notificado de los cargos, cuando tuviese la efectiva posibilidad de designar un defensor de su elección y de estar presente y ser oído en juicio. Si en esas condiciones se fuga, su condena según el procedimiento extranjero que continúa el proceso en su ausencia provocada voluntariamente, no sería contraria a los principios de validez universal.

IX. EL ORDEN PÚBLICO VERDADERAMENTE INTERNACIONAL EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

Los operadores del comercio internacional destacan un conjunto de «*principios superiores*» a los ordenamientos jurídicos estatales, que se identifican exactamente con los valores de un Estado concreto y que no funcionan como la excepción clásica del orden público internacional en el sentido de descartar la solución de un derecho extranjero aplicable de conformidad con la norma de conflicto.

Para comprender este concepto, se debe concebir un ordenamiento jurídico impuesto por las necesidades del comercio internacional, cuyo contenido aparece desprendido de la comparación de los derechos estatales y de los principios que subyacen en los tratados internacionales en la materia²⁷.

Esta noción comporta la aceptación de otros conceptos, no menos polémicos. En este sentido, la noción de «foro arbitral», que no se identifica de ninguna manera con el ordenamiento estatal de asiento del tribunal arbitral.

Algunos autores han afirmado que «...o bien el árbitro tiene un foro anacional, en nombre del cual enuncia reglas que tienden a la preservación y protección de su organización económica y social, y la idea del orden público anacional encuentra su razón de ser y su sustento jurídico. O bien no existe un foro arbitral propio, y ello compromete irremediabilmente la existencia real de un orden público anacional»²⁸.

La denominación de «foro arbitral» corresponde a la jurisdicción del árbitro del comercio internacional, como agente de la *societas mercatorum* y sin ninguna referencia territorial o estatal. Su legitimidad se asienta en el rol de guardián del orden mercantil y es quien se encuentra mejor ubicado para reconocer y comprender las exigencias específicas de la comunidad internacional de los comerciantes.

En ese contexto, el árbitro advierte y aplica un conjunto de reglas no nacionales consideradas vitales por *la lex mercatoria*. La noción de orden público anacional designa, pues, ese conjunto de principios fundamentales para el comercio internacional. La confusión se presenta cuando se pretende integrar su contenido con reglas que pertenecen a otros ordenamientos, como los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas —en el sentido del art. 38, inciso 1, párrafo c, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, o el *jus cogens* del derecho internacional; fuentes jurídicas que, por lo demás, pueden ser utilizadas por los árbitros para resolver el fondo de litigio.

²⁷ LALIVE, Pierre, «Ordre public transnational ou réellement international et arbitrage international», *Revue de l'arbitrage*, 1986, pág. 329.

²⁸ OSMAN, Filali, «Les principes généraux de la *lex mercatoria*». *Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*. L.G.D.J., París, 1991, pág. 381.

Considérese la gran amplitud en las facultades de los árbitros que reconoce el artículo 17 del Reglamento de Arbitraje CCI²⁹. En el concepto de «normas jurídicas» no solamente quedan comprendidos los principios para los contratos comerciales internacionales elaborados y editados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)³⁰, sino también las normas individuales que los árbitros elaboran a partir de principios del orden público anacional.

El convencimiento de los operadores en cuanto al carácter obligatorio de estos principios, proviene del reconocimiento de su necesidad; sin ellos, el comercio internacional no podría prosperar.

No obstante, *otros autores niegan la existencia de reglas o principios anacionales y reducen esta realidad a la categoría de meros usos convencionales*, esto es, a una suerte de estipulaciones contractuales implícitas. Así, por ejemplo, Antoine Kassis, sostiene enfáticamente que existe imposibilidad «racional» de que el árbitro en el comercio internacional aplique reglas de derecho anacional o principios jurídicos anacionales³¹.

El debate no está cerrado. Los detractores de un orden público realmente internacional aducen que no significa ningún aporte para el juez estatal, quien o bien lo ignora, o bien integra este orden público a su propio y familiar concepto³².

²⁹ CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL, CCI, Reglamento de Arbitraje, art. 17.1: «*Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el Tribunal Arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo de las partes, el Tribunal Arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas. 2. en todos los casos, el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos comerciales pertinentes.*»

³⁰ BOGGIANO, Antonio, *Los principios de UNIDROIT ¿un derecho común de los contratos para las Américas?* Publicación del Congreso Interamericano de Venezuela, 6/9 noviembre 1996. FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, «*Les contrats du commerce international. Un approche nouvelle: les principes d'Unidroit raltifs aux contrats du commerce international*», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1998, 2, págs. 463/489.

³¹ KASSIS, Antoine, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, L.G.D.J., París, 1993, pág. 520/521.

³² FADLALLAH, Ibrahim, «*L'ordre public dans les sentences arbitrales*», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1994, tomo 249, págs. 371/429, esp. 397

Sin embargo tratándose de un árbitro, que no es guardián de ningún orden público estatal, la presión de estos principios anacionales, que se le imponen como una necesidad del comercio internacional, puede ser tan intensa como para desplazar normas imperativas, incluso de la *lex contractus*.

Por ejemplo, en un arbitraje sometido al Reglamento CCI, los árbitros **opusieron el principio superior de la buena fe** para calificar de fraudulenta una maniobra organizada según el derecho aplicable —con intervención de la autoridad estatal competente que había declarado una quiebra y designado un síndico—, invocando una obstrucción intencional y desleal al compromiso de sumisión a una instancia arbitral. El laudo dictado en 1991 fue aprobado y reconocido por la Corte de Apelaciones de París en 1993³³.

De la práctica arbitral surge que los valores materiales que reciben esta posición de privilegio en la fundamentación de los laudos, responden a unos pocos principios, esenciales para el desarrollo del comercio internacional. Atinentes a la buena fe, a la seguridad del comercio y a la moralidad de los negocios, que han sido invocados a fin de evitar la violación a la confianza legítima del co-contratante, la corrupción por medio de tráfico de influencias y el cobro de comisiones indebidas por intermediación.

Con motivo de practicas de corrupción en el comercio internacional, los árbitros utilizaron la noción de orden público transnacional o anacional para fundar la nulidad de un contrato con causa ilícita (coimas a intermediarios). La sentencia arbitral CCI n.º 3916 ha afirmado: *«...si dans certains pays et à une certaine époque la corruption des fonctionnaires est une méthode généralement adoptée dans les relations d'affaires, on ne peut ni du point de vue d'une bonne administration, ni de celui de la moralité des affaires, clore ses yeux devant l'effet destructif de telles pratiques nocives»*.

Los árbitros estarían obligados, incluso de oficio a develar las prácticas de corrupción y sancionar la deformación que producen en el comercio internacional³⁴.

³³ Sentencia CCI, «Cote d'Ivoire c/Beyrard», del 26 de julio de 1991; Cour d'Appel de Paris, 12 de enero de 1993, *Revue de l'arbitrage*, 1994, pág. 685.

³⁴ Coloquio del Institut de Droit et des Pratiques des Affaires Internationales de la CCI, París, 29/30 de marzo de 1990, *Revue de l'arbitrage*, 1990, págs. 735/738.

La condena de esta práctica ha sido afirmada no sólo por los árbitros, sino también por los tribunales estatales. La Corte de Apelaciones de París, en una sentencia del 13 de junio de 1996 al resolver una acción de nulidad del acuerdo arbitral llevado ante las jurisdicciones estatales, dijo: «*En matière d'arbitrage international, le principe de l'autonomie de la clause compromissoire est d'application générale, en tant que règle matérielle internationale consacrant la licéité de la convention d'arbitrage, hors de toute référence à un système de conflits de lois, la validité de la convention devant être contrôlée au regard des seules exigences de l'ordre public international, abstraction faite de toute loi étatique, futelle celle régissant la forme ou le fond du contrat qui la contient*»³⁵.

En suma, se trata de una noción que debe ser invocada con precaución, sobre todo cuando es utilizada por juristas y estudiosos y no por los árbitros en ejercicio de su misión. En nuestra opinión debe evitarse toda confusión entre estos principios anacionales y otras reglas cuya imperatividad proviene de otra fuente —como el *ius cogens*— y no del ordenamiento propio de la *societas mercatorum*. Quedarán unos pocos principios, pero de efectos devastadores en sus múltiples aplicaciones.

X. EL ORDEN PÚBLICO EN EL ORDENAMIENTO DEL MERCOSUR

A medida que la República Argentina afirma su carácter de Estado asociado con otros en un proceso de integración, advertimos una normativa que habilitada a través de la Constitución Nacional argentina, va cobrando vida como un sistema especial.

Por una parte, el marco jurídico fundacional del MERCOSUR está dado por tratados de Derecho internacional público clásico, que son el Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991, y el Protocolo de Modificación Institucional de Ouro Preto, del 17 de diciembre de 1994, cuyo artículo 34 establece la personalidad jurídica de Derecho

³⁵ Court d'Appel de Paris, 13 de junio de 1996, en «Société Kuwait Foreign Trading Contracting and Investment» (*Journal de Droit International*, 1997, 151, con nota de E. Loquin). Eduard Loquin afirma que se trata de un orden público internacional autónomo respecto de toda ley estatal.

internacional del MERCOSUR. Por otro lado, los órganos intergubernamentales (art. 2 del Protocolo de Ouro Preto) que se han creado, tienen facultades *legisferantes*, generan normas jurídicas (decisiones, resoluciones, directivas) que tienen carácter obligatorio para los Estados (art. 42, 38 y 40 inciso i) del Protocolo de Ouro Preto), pero también para los particulares; pues el MERCOSUR tiene por objetivo que *la ampliación del mercado, la coordinación de las políticas macroeconómicas, la modernización de la economía, la adecuada inserción internacional del bloque regional, redunde en una mejora en las condiciones de vida de los habitantes* (conforme el preámbulo del Tratado de Asunción).

El Mercado Común está fundado en la reciprocidad de derechos y obligaciones entre los Estados partes. Entre esas obligaciones se destaca el compromiso de adoptar todas las medidas necesarias para que las normas generadas por los órganos legisferantes del MERCOSUR se cumplan con efectividad «en los respectivos territorios» (art. 38 del Protocolo de Ouro Preto). No obstante, para su invocabilidad directa por los particulares, parece necesario respetar *la modalidad de inserción prevista en «la legislación de cada país»*, esto es, los respectivos principios constitucionales concernientes a las relaciones entre el derecho internacional, el derecho nacional y el derecho generado en el proceso de integración.

En atención a las asimetrías que sobre este punto mantienen las constituciones de los cuatro Estados asociados, aún el conjunto no puede funcionar como un sistema con cierta autonomía propia, sobre bases de igualdad y reciprocidad.

A diferencia de lo expuesto, debe destacarse que, desde los primeros fallos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se evidenció el propósito de dar autonomía al orden jurídico de las Comunidades, con el propósito de evitar su comprensión como una mera organización internacional, y ello no sobre la base de normas positivas de los tratados originarios, sino con fundamento en la naturaleza y el espíritu del mercado común. Así se afirmó en 1964 en el *leading case* Costa c/ E.N.E.L. que: «...a diferencia de los tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE ha instituido un orden jurídico propio, integrado al sistema jurídico de los Estados miembros a partir de la entrada en vigor del Tratado, y que se impone a sus jurisdicciones...».

Es evidente que no podemos hablar de «Derecho comunitario», cuando nos referimos al incipiente ordenamiento jurídico del MER-

COSUR, pero también no podemos negar que existe una normativa de fuente internacional, cuya aplicación directa está habilitada por nuestra estructura constitucional en la medida de su vigencia internacional y de su operatividad. Este conjunto, aún incipiente, obedece a principios propios, principios que le dan coherencia y dinamismo según los objetivos del MERCOSUR, y que todavía no están totalmente definidos, por cuanto el proceso se encuentra en desarrollo, en etapa de Unión Aduanera imperfecta, con aspiración de pasar a Unión Aduanera perfecta y a mercado común.

Puesto que todo ordenamiento jurídico admite la existencia y rol de principios generales, no vemos la razón para no reflexionar sobre ellos en el ámbito del MERCOSUR, por cuanto han dejado de ser los parientes pobres entre las fuentes del derecho, para convertirse en instrumentos de coherencia y dinamismo. Basta con considerar, por ejemplo, que en vasta jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, los principios generales del Derecho comunitario ocupan un elevado rango en la jerarquía normativa, inmediatamente después de los tratados fundacionales y con prelación a todo el Derecho derivado y al denominado «Derecho complementario» (los Tratados de cooperación celebrados por los Estados miembros de la Unión Europea). Intentaremos brevemente profundizar este aspecto para descubrir si existen principios que conforman un orden público propio del MERCOSUR.

A) LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN LA UNIÓN EUROPEA, DE ACUERDO A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES

Si bien toda clasificación tiene fines meramente pedagógicos, los autores distinguen en las sentencias del Tribunal comunitario las siguientes categorías³⁶:

- a) *principios inherentes a todo sistema de derecho* son aquellos que expresan exigencias supremas de la conciencia colectiva, tan evidentes que los jueces no necesitan justificar su origen: el principio de la legalidad, el principio de la buena fe...

³⁶ BOULOIS, Jean, y CHEVALIER, Roger-Michel, *Grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, 6.^a ed., Dalloz, 1994, tomo I, págs. 73/91.

- b) *principios comunes a los derechos internos de los Estados miembros* son subyacentes a los derechos nacionales y son transpuestos al ordenamiento comunitario: el principio del enriquecimiento sin causa, el principio de la distinción entre impuestos y tasas; y
- c) *principios estructurales* (que se desprenden de la naturaleza del ordenamiento jurídico de que se trata, hacen a su constitución, estructura y objetivos: así, los principios inherentes a la noción de mercado común, que sustentan las cuatro libertades básicas del mercado y la prohibición de discriminación; asimismo, los principios que se desprenden de la naturaleza de las comunidades, como el de lealtad o solidaridad, el de subsidiaridad y el de equilibrio institucional.

Nos detendremos en dos o tres principios, que funcionan activamente en la base de las relaciones de los Estados entre sí, de los Estados respecto de las Comunidades, de las instituciones comunitarias entre sí y de los particulares respecto de las instituciones comunitarias.

El art. 5 del Tratado de la Comunidad Europea —que guarda similitud con el art. 38 del Protocolo de Ouro Preto—, prevé que los Estados deben tomar todas las medidas necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas en el Tratado o resultantes del derecho derivado. Asimismo, deben abstenerse de poner en peligro la realización de los objetivos del tratado. Cuando el Tribunal comunitario ha citado esta regla, la ha considerado la expresión de un principio subyacente que obliga a los Estados a un comportamiento compatible con el conjunto del sistema comunitario.

En las relaciones entre el Consejo y la Comisión, entre el Parlamento Europeo y los restantes órganos comunitarios, el Tribunal ha citado el «principio del equilibrio institucional», para mantener las relaciones de complementariedad y de interdependencia que dan solidez al edificio comunitario (caso «Koster» del 17/12/70 Rec. 1970-págs. 1161 ss.).

Por su parte, en las relaciones entre los particulares y las instituciones comunitarias el principio de la «confianza legítima» ha dado lugar a abundante jurisprudencia. Por ejemplo, en el asunto «Sofrimport S.R.L. c/Comisión» (fallado el 26/6/90, Rec.1990-I-2504), el Tribunal afirmó que, si bien la Comisión era competente para orga-

nizar el mercado de las frutas y a modificar los reglamentos de importación en caso de saturación de productos, estaba obligada a respetar las legítimas expectativas de un importador, sustentadas en un reglamento del año 1972, específico para el sector de frutas y verduras, que contemplaba el dictado de disposiciones transitorias en caso de productos en tránsito. Al suspender —mediante una nueva reglamentación— la expedición de certificados de importación, la Comisión había menoscabado la legítima confianza del importador, violando una regla superior de derecho comunitario, y ello daba lugar a la responsabilidad extracontractual de la institución comunitaria.

B) LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES COMO PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

El artículo F del Tratado de la Unión Europea dice así: «1. La Unión respeta la identidad de sus Estados miembros, cuyos sistemas de gobierno están fundados sobre los principios democráticos. 2. La Unión respeta los derechos fundamentales, tales como están garantizados por la Convención europea de salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tales como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, en tanto principios del derecho comunitario».

En la experiencia europea, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se ha reservado para sí, a partir de 1969, la salvaguarda de los Derechos fundamentales, considerándolos principios generales del ordenamiento comunitario. A través de los casos «Stauder» (1969), «Internationale Handelsgesellschaft» (1970), el Tribunal europeo ha consolidado su propia competencia para reformular los derechos plasmados en las constituciones de los Estados miembros y en la Convención Europea de los Derechos Humanos, de acuerdo con la naturaleza y originalidad de las Comunidades, y para asegurar su protección efectiva mediante el ejercicio de su función jurisdiccional. Esta comprensión de los Derechos humanos como principios generales del Derecho comunitario constituye parte del acervo comunitario.

C) LOS PRINCIPIOS GENERALES EN EL ORDENAMIENTO DEL MERCOSUR

Los Tratados fundacionales del MERCOSUR no contienen una norma similar al art. F del Tratado de Maastricht. Sin embargo, advertimos principios comunes de respeto a los Derechos humanos en las respectivas constituciones. En efecto, los principios de un Estado democrático, en el que se asegure el ejercicio de Derechos sociales individuales, la libertad, la seguridad, el bienestar, la igualdad y la justicia como valores superiores, con respecto a la dignidad de la persona humana, con reconocimiento de la supremacía de los derechos del hombre y de la protección especial de la infancia y con el compromiso de relacionarse en paz con la comunidad internacional, aparece tanto en la Constitución de la Nación Argentina, como en la de la República Oriental del Uruguay de 1967, especialmente sus cláusulas 6, 8, 9 y 12; así como en la Constitución del Brasil (del 5 de octubre de 1988, conf. Preámbulo, y en los artículos 1, 3, 4, art. 5 y 6 del Título II); y en la Constitución Nacional de la República del Paraguay del 20 de junio de 1992 (conf. Preámbulo y artículos 16, 17, 46 y 54).

Son principios de Derecho público de innegable influencia en los derechos familiares y sociales, esto es, en el ámbito del derecho privado.

Ahora bien, cuando los jueces nacionales —puesto que no hay un órgano jurisdiccional supranacional— invocan estos principios, su fuente no ha de ser el MERCOSUR como ordenamiento autónomo, sino el acervo constitucional del propio Estado, enriquecido por los instrumentos internacionales que ese Estado haya ratificado.

Tampoco corresponde destacar el rol de los principios que en este trabajo se han llamado «inherentes a todo sistema de derecho». Pues los jueces nacionales abreviarán en la fuente interna. En sus respectivos ordenamientos estatales, en los cuales por hipótesis hallarán estos principios esenciales.

Más importante como fuente autónoma de Derecho, es descubrir la existencia de «principios estructurales» en el ordenamiento del MERCOSUR. Son los que se infieren necesariamente del tipo de asociación que se ha constituido o que se procura constituir para satis-

facen los objetivos del proceso. En este sentido, los objetivos del Tratado de Asunción van mucho más allá de la constitución de una unión aduanera imperfecta.

Por ejemplo, del preámbulo del Tratado de Asunción surge que «la ampliación de los mercados nacionales es la condición fundamental para acelerar los procesos de desarrollo económico con justicia social». Y en otro párrafo se afirma como objetivo «...modernizar las economías para mejorar las condiciones de vida de sus habitantes».

Por su parte en el Acuerdo Marco Interregional de Cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros y el Mercado Común del Sur y sus Estados Partes, del 15 de diciembre de 1995, se afirma: «(art. 1) Fundamento de la cooperación. El respeto de los principios democráticos y de los derechos humanos fundamentales, tal y como se enuncian en la Declaración Universal de Derechos Humanos, inspira las políticas internas e internacionales de las Partes y constituye un elemento esencial del presente acuerdo». En artículo 10, párrafo 7, dice: «(10.7) El desarrollo social, y en particular la promoción de los derechos sociales fundamentales, inspira las acciones y medidas promovidas por las partes de este ámbito»³⁷.

Dicho en otros términos: hace a la especificidad del proceso asociativo del MERCOSUR, contemplar un desarrollo de las relaciones comerciales, aduaneras, financieras, pero también laborales, sociales y culturales, y ello no solamente desde el punto de vista de la eficiencia del mercado, sino también desde la óptica de la dignidad de la persona humana y de sus derechos fundamentales. De allí la existencia de subgrupos técnicos y comisiones de trabajo en temas ambientales, laborales, de seguridad social, salud, y consumo. En la construcción de este perfil del MERCOSUR, los principios generales son un instrumento invaluable.

Dentro de estos principios estructurales, entiendo que los que hacen a la noción de mercado común, es decir, a las libertades de circulación y a la no discriminación, son aplicables, en esta etapa de nuestro proceso, con las modalidades y limitaciones con que se

³⁷ DROMI, Roberto, y MOLINA DEL POZO, Carlos, *Acuerdo MERCOSUR – Unión Europea*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.

van plasmando en las normas positivas dictadas por los órganos del MERCOSUR, a fin de respetar las etapas del pasaje de la unión aduanera al mercado común con gradualidad y flexibilidad.

Por el contrario, creo fundamental el rol como fuente autónoma, de los principios de solidaridad, reciprocidad, respeto de la confianza legítima y respeto de los Derechos fundamentales comprensivos de los derechos sociales. Ellos constituyen el *orden público* propio de la integración, al que se deben conformar tanto el derecho generado por los órganos del MERCOSUR (art. 41, apartados II y III del Protocolo de Ouro Preto), como las legislaciones de los Estados nacionales. Los jueces nacionales los deben aplicar como fuente de derecho no escrita, en el orden jerárquico que reciben los tratados originarios, hasta tanto no se cuente con una instancia jurisdiccional supranacional.

Este reducido concepto de «orden público del MERCOSUR» me parece esencial para dinamizar el proceso de integración hacia la consecución de sus objetivos.

XI. CONCLUSIÓN GENERAL

Un estudio profundo sobre el *orden público internacional* es casi temerario, y más en nuestros tiempos en que la vida social —a la que está unida esta noción— manifiesta un dinamismo vertiginoso.

Este trabajo ha distinguido tres planos: uno ya maduro, el del **ordenamiento nacional**, y otros en incipiente formación, el **ordenamiento propio de un proceso de integración** y el **ordenamiento llamado transnacional**, sobre el cual no existe total consenso.

Por ello en el primer plano observamos:

- a) una tendencia a la reducción del concepto, mediante un juicio de compatibilidad que efectúa la tradicional apreciación en concreto y con criterio de actualidad, pero tomando en cuenta los *lazos de proximidad del caso con el foro*;
- b) una tendencia a despojar el contenido del orden público de los parámetros puramente localistas y redefinirlo según *valores universales*, que entroncan en los Derechos humanos,

uno de los rasgos más importantes de la ética de nuestro tiempo³⁸.

En cuanto a los otros planos, este final del siglo XX nos presenta un complejo panorama de relaciones entre diversos ordenamientos jurídicos relativamente autónomos³⁹: **ordenamiento comunitario, ordenamiento regional, ordenamiento sub-regional, ordenamiento anacional.**

Cada uno de ellos genera valores sustanciales que preservan su existencia y orientan el juicio de compatibilidad por parte del órgano propio: una corte supranacional en un espacio comunitario, los jueces nacionales, en un proceso evolutivo de integración que aún no cuenta con tribunal supranacional, los árbitros en el ámbito de los negocios internacionales que se mantienen ajenos a una jurisdicción estatal. Intuimos que algo se está construyendo.

Creemos que no podemos permanecer indiferentes a los valores materiales que orientan esta construcción, y cabe pronosticar que los cambios en la noción del Orden Público Internacional en los niveles expuestos serán graduales y positivos, esperando que contribuyan a mejorar la vida de los habitantes del mundo, y así haya mayor dignidad y paz entre las Naciones.

³⁸ DREYZIN DE KLOR, Adriana, *El MERCOSUR*, op. cit., págs. 329/336.

³⁹ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, «Los acuerdos internaciones en la reforma de la Constitución Nacional», *Jurisprudencia Argentina, La Ley*, Diario del 8 de febrero de 1995, pág. 11.