

Autonomía de la voluntad en el derecho internacional privado paraguayo

*José Antonio MORENO RODRÍGUEZ **

Sumario: I. Introducción: 1. Tributo a una gigante; 2. Una necesaria aclaración. II. El Paraguay y su envidiable marco normativo "universalista". III. Un marco bien universal para el arbitraje en el Paraguay. IV. Instrumentos de derecho uniforme. V. Constitucionalismo, derechos humanos y derecho privado. VI. Giro de los derechos privados hacia el derecho comparado: 1. Francia; 2. Alemania; 3. Del conceptualismo positivista a concepciones universales de justicia. VII. El Código Civil y la contratación: 1. En general; 2. Normas que afectan la contratación transfronteriza. VIII. El debate sobre la autonomía de la voluntad en el Paraguay. IX. ¿Una interpretación literal o hacia atrás (centrándose en las fuentes)? X. Una interpretación acorde con el escenario cosmopolita paraguayo: 1. Un derecho internacionalista en materia de contratación; 2. Aproximación a la idea del orden público; 3. El orden público en el Derecho internacional privado paraguayo; 4. Orden público internacional; 5. Orden público internacional y la ley paraguaya de arbitraje; 6. Orden público: recapitulación. XI. Conclusión.

* LL.M, Harvard. Secretario General de la ASADIP. Miembro del Grupo de Trabajo de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en materia de derecho aplicable a la contratación.

I. Introducción

1. Tributo a una gigante

Me fue muy difícil elegir un tema para el libro-homenaje a Tatiana MAEKELT. Quería uno que estuviera a la altura tan señera y apabullante (volveré sobre estos adjetivos) figura del Derecho internacional privado latinoamericano.

Finalmente, opté por este.

¿Por qué? ¿No es un tema muy "sencillo"...muy "local"?

Ríos de tinta se han vertido ya en escritos sobre la autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado. ¿Qué más se puede aportar aquí, más que un sí o un no con respecto a su consagración en el Paraguay?, se puede preguntar alguno.

En mi descargo, digo:

Como el tema es remanido, y mucho se ha escrito ya sobre él, puedo cómodamente hacer una remisión a grandes maestros que lo han disecado y limitarme yo a lo que son las peculiaridades "nacionales" del Derecho internacional privado "paraguayo". Ni siquiera tengo que ocuparme –más que de pasada– de singularidades de los Tratados de Montevideo, ni de los instrumentos de la Organización de Estados Americanos (OEA) ni del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), puesto que puedo derivar aquí al lector –en lo que a mi posición respecta– a otros trabajos míos, uno incluso aparecido dentro mismo de esta "Colección Biblioteca del Derecho de la Globalización"¹. Con ello, supero un escollo bien grande: ceñirme a lineamientos de extensión usuales para monografías jurídicas, a la par que abordo un tema que da para muchísimo, crucial para el Derecho internacional privado en uno de sus ejes temáticos centrales, como lo es el de la contratación.

Mucho más que eso, reitero así una vez más mi adscripción a una postura sobre cómo debe encararse el Derecho internacional privado, al que adrede agregué, dos párrafos atrás, adjetivos como "nacional" y "paraguayo", en tanto que –claramente– más que ninguna rama iusprivatista, debe esta tener vocación universal, y así debe concebírsela y, sobre todo, interpretársela, cuando se abordan peculiaridades de los derechos domésticos que la atañen.

1. J. A. MORENO RODRÍGUEZ, "Los Contratos y La Haya: ¿Ancla al Pasado o Puente al Futuro?, en *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*", en J. Basedow/ D. P. Fernández Arroyo/ J. A. Moreno Rodríguez (coords.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, Asunción, La Ley, Thomson Reuters, CEDEP, 2010.

Y aquí vuelvo al párrafo primero, donde me referí a Tatiana MAEKELT como una “señera” y “apabullante” figura del Derecho internacional privado latinoamericano. Señera porque desde hace varias décadas viene indicando el camino a seguirse en el continente, a fin de que puedan desalijarse lastres de tiempos idos que hacían poco efectiva la disciplina, como lo fueron, sin dudas, las posturas adversas a la autonomía de la voluntad en la contratación internacional, de centenaria preponderancia. Lo hecho por Tatiana MAEKELT desde la cátedra, desde sus escritos y sobre todo a partir de su particular incidencia en la labor codificadora de la OEA a partir de los años setenta, deja como legado una clara reversión no solo en el tema puntual autonomista, sino en general en posiciones nacionalistas de raigambre decimonónica que, felizmente, se encuentran hoy en claro retroceso².

Pero no bastaba con marcar el rumbo, faltaban personalidades apabullantes, como sin duda lo fue la de Tatiana MAEKELT, cuyo carisma, sumado a su electrizante personalidad y juventud de espíritu –jamás abroquelado en lo que hubiera ella aprendido décadas antes, sino siempre abierto al porvenir– la ubican en lo más encumbrado de la historia iusinternacionalprivatista del continente.

El universalismo derivado de la autonomía de la voluntad, de técnicas que busquen un derecho uniforme y de soluciones que apunten a dar respuestas justas y equitativas al caso internacional, quedan todos como perenne legado de esta retroalimentación de doctrina y labor codificadora –participando en ambos Tatiana MAEKELT con particular brillo– para beneficio de la posteridad de la región.

¿Incide todo ello en este trabajo, relativo a peculiaridades “paraguayas” del Derecho internacional privado de la contratación?

Respuesta: una barbaridad.

Gracias a Tatiana y a otros próceres reformistas del continente, el Paraguay cuenta hoy con un marco normativo ampliamente abierto al universalismo que debería primar como *leitmotiv* de la disciplina. En las últimas décadas, el país viene adoptando masivamente distintos instrumentos abiertos a la recepción del derecho

2. En justicia corresponde también aquí rendir homenaje a otro eximio jurista venezolano, Gonzalo PARRA ARANGUREN, a quien se deben importantes aportes relativos al derecho transnacional en el texto de la Convención de México sobre el Derecho aplicable a la contratación internacional (según surge del siguiente documento: OEA/Ser. K/XXICIDIP-VI/14/93, 20/12/93, pp. 204-205). De esta convención nos hemos ocupado en dos trabajos: el mencionado en la nota anterior, y *La Convención de México sobre el Derecho Aplicable a la Contratación Internacional*, publicación de la Organización de Estados Americanos (Washington DC, 2006), reproducido también en J. A. MORENO RODRÍGUEZ, *Temas de Contratación Internacional, Inversiones y Arbitraje*, Asunción, Catena Editores / CEDEP, 2006.

transnacional, a usos y costumbres internacionales y, sobre todo, al poder de las partes de fijar el contenido contractual y el régimen jurídico al que someterse en sus vinculaciones, en la expectativa también de que sus eventuales controversias tendrán salidas justas y equitativas.

Todo esto es importantísimo, pero –muchas veces– más fácil de lo que debería sobrevenir después: un cambio cultural. Si los juristas fueron formados con textos normativos decimonónicos y, sobre todo, con la doctrina emergente en torno a ellos, con la centenaria impronta “nacionalista” imperante, no es de extrañar que cuestiones puntuales derivadas luego de la oleada reformista en materia normativa sean evaluadas a través del prisma de lo habitual, de lo anterior.

Esta contribución aborda un tema en que claramente se presenta esta disyuntiva: el Paraguay moderniza casi todo su marco normativo, pero quedan subsistentes retrógradas normas de su Código Civil –paradójicamente no arcaico en otras áreas, como la de contratos en general–. La disyuntiva que se plantea, ante la duda interpretativa, entonces es: ¿se conciben estas normas como partes de un sistema “nacional” de Derecho internacional privado, como nos legó el siglo XIX... o se las inscribe dentro del marco normativo transnacionalizado, de insoslayable apertura hacia el universalismo que presenta el Paraguay de nuestros días?

La respuesta cae de maduro, pero *caveat lector*: así como llevó varios siglos para que las ideas nominalistas de Ockham desembocaran en un férreo positivismo legalista, hoy –por suerte– en franca retirada, así también el legado doctrinario y codificador de prohombres (mujeres) como Tatiana MAEKELT solo irá consolidándose y acrecentándose con el paso de los años. “Los malos hábitos tardan en morir” y mucha agua ha de correr hasta que se aprehenda en su real dimensión la “contra-revolución copernicana” de –sobre todo– la segunda mitad del siglo XX, en que el Derecho internacional privado tiende a dejar de ser un derecho “nacional” para hacer honor a su denominación, y volverse nuevamente un derecho “internacional” o “universal”, como ha sido en gran parte de su historia³.

Gracias, Tatiana MAEKELT por ese sendero marcado y por ese apabullante carisma. Tus soldados te seguimos.

3. El punto lo hace magistralmente BERMAN, quien rastrea los orígenes medievales de la disciplina, haciendo notar el erróneo énfasis –deliberado de parte de ortodoxos positivistas– que se ha puesto al “conflictualismo estatutario”, ante el gran trasfondo universalista con que se contaba entonces, merced también al rol unificador que le cupo a la Iglesia de entonces y al derecho canónico (ver: H. J. BERMAN, “Is Conflict of Laws Becoming Passé?, An Historical Response”, *Emory University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, Research Paper nº 05-42, <http://papers.ssrn.com/abstract=870455>).

2. Una necesaria aclaración

Desde antigua data se admite que los particulares pueden vincularse voluntariamente mediante contratos, con determinados límites que, con el tiempo, han variado en distintas concepciones teóricas y en diferentes lugares del mundo⁴. Tal es el principio de la llamada autonomía de la voluntad o libertad contractual⁵.

El problema de la autonomía de la voluntad presenta un sinfín de aristas de las que no nos ocupamos aquí⁶. Sí nos concentramos, desde el prisma del Derecho internacional privado, en la que respecta a la posibilidad de que partes contratantes puedan seleccionar el derecho aplicable a sus vinculaciones⁷. Ello, a su vez, solo en relación a contratos “negociados”, “paritarios” o “discrecionales”⁸, es decir, aquellos que en principio, normalmente son concluidos de manera libre y reflexiva en cuanto a su contenido, excluyéndose el tratamiento aquí, por ejemplo, del problema que el tema suscita en las vinculaciones laborales, o de consumo, que actualmente son objeto de un enriquecedor debate en el continente americano a partir de trabajos que se encuentra encarando la OEA⁹. Sí hacemos abajo alguna mención a los contratos de agencia, representación y distribución, que en el Paraguay –en conso-

-
4. J. CARBONNIER, *Derecho Civil*, t. II, Vol. II, Traducción por Manuel M. Zorrilla Ruiz, Barcelona, Editorial Bosch, 1971, pp. 146-147.
 5. Cuerpos normativos modernos como los Principios UNIDROIT y los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL) adoptan la expresión “libertad contractual” (L. Díez-PICAZO/ E. ROCA TRÍAS / A.M. MORALES, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, Civitas Ediciones S.L., 2002, p. 145).
 6. Como su vinculación –como contracara– con el orden público, o el problema del derecho transnacional o *lex mercatoria*, etcétera. Al efecto, he sentado posición en diversos trabajos, como J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “Nueva Lex Mercatoria: ¿Fantasma creado por profesores de La Sorbona?”, *Revista de Derecho Mercantil Internacional*, Colombia, Editorial Legis, 2003. Otros trabajos los menciono más abajo.
 7. Ello comprende también la facultad de dividir el contrato, sujetándolo a derechos diferentes (esto se conoce como *dépeçage*); o acordar sobre el derecho aplicable en cualquier momento, antes o después del acuerdo (ver A. BONOMI, “The Principles of Party Autonomy and Closest Connection in the Future EC Regulation “Rome I” on the Law Applicable to Contractual Obligations”, en *DeCITA, Derecho del comercio internacional, temas y actualidades*, Buenos Aires, Editorial Zavalía, 2005, p. 333).
 8. Sobre esta distinción me ocupo, por ejemplo, en: J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “El Arbitraje y los Contratos con Cláusulas Predispuestas” (Publicación de la Cámara Nacional de Comercio de Uruguay, Centro de Conciliación y Arbitraje, Centro de Arbitraje Internacional para el MERCOSUR, 2000); y J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “Cláusulas Contractuales Abusivas en el Derecho Paraguayo”, en *Revista de Derecho Comparado, Cláusulas Abusivas – II –*, Rubinzal Culzoni Editores, 2000.
 9. Sobre el tema, puede consultarse en general en: D. P. FERNÁNDEZ ARROYO / J. A. MORENO RODRÍGUEZ (coords.), *Protección al Consumidor en América – los Trabajos de la CIDIP (OEA)*,
→

nancia con otras jurisdicciones, incluso de Europa– reciben un tratamiento tuitivo particular¹⁰, habiéndose planteado controversias en estos casos puntuales sobre el alcance del principio autonomista.

II. El Paraguay y su envidiable marco normativo “universalista”

Es curiosa la alarmante desatención sobre las derivaciones que pueden hacerse del marco normativo paraguayo, que en su conjunto se muestra sumamente propicio para el cosmopolitismo que debería imperar en vinculaciones contractuales transfronterizas.

La última Constitución Nacional del Paraguay es bien reciente, del año 1992, y contiene en su texto disposiciones de significativa implicancia positiva para un derecho libre de ataduras *chauvinísticas*. En su propio Preámbulo, ella destaca que el Paraguay se encuentra “integrado a la comunidad internacional”, y estipula, más adelante, que acepta el principio de “solidaridad y cooperación internacional”, amén de prever, en una norma cargada de significación, que el país “admite un orden jurídico supranacional”¹¹.

A ello debe agregarse que en el Paraguay las disposiciones constitucionales prevalecen sobre cualquiera de inferior rango, situándose jerárquicamente después, los tratados y demás instrumentos internacionales ratificados por el país, con prioridad por sobre las leyes dictadas por el Congreso y los cuerpos normativos que sean su consecuencia¹².

A nivel convencional, y en el ámbito específico del Derecho internacional privado, el país ratificó diversos instrumentos derivados de la labor codificadora de la OEA a través de las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIPs)¹³. La tarea codificadora de la OEA, como se insistirá, ha logrado revertir la tendencia negativa, antes prevaleciente en Latinoamérica,

→ Asunción, Editorial La Ley Paraguaya, 2007, como así también en J. A. VELÁZQUEZ GARDETA, *La Protección del Consumidor Online en el derecho internacional privado interamericano*, Asunción, CEDEP, 2009. Recientemente, puede encontrarse un recuento en: D. P. FERNÁNDEZ ARROYO (ed.), *Consumer Protection in International Private Relationships*, Asunción, ASADIP, CEDEP, BRASILCON, 2010, pp. 637 y ss.

10. Ver nº X, 3.

11. Art. 143, numeral 4 y art. 145 de la Constitución Nacional.

12. Decretos, resoluciones, ordenanzas, y otros (Art. 137, Constitución Nacional).

13. Llevadas a cabo desde 1975, en seis ediciones hasta la fecha: Montevideo en 1979 y 1989; La Paz en 1984; México en 1994; y Washington en 2002. El resultado ha sido veintiséis

→

hacia el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y el arbitraje, además –entre otras cosas– de su apertura hacia los usos y principios internacionales y la inclusión de fórmulas que buscan soluciones equitativas para los casos en concreto¹⁴.

En el plano de la integración regional, también el MERCOSUR –del que el Paraguay es miembro pleno– se muestra abierto a la admisión de la autonomía de la voluntad, del arbitraje y de usos, costumbres y principios internacionales¹⁵. Ya desde temprano se reconoció en el bloque la autonomía de la voluntad, *inter alia* con la suscripción del Protocolo de Buenos Aires de 1994 sobre jurisdicción internacional en materia de contratos¹⁶.

Es más, en el propio Tratado de Asunción, fundacional del MERCOSUR, se dio virtualidad a usos y costumbres internacionales –INCOTERMS¹⁷– irecopilados por una entidad privada como lo es la Cámara de Comercio Internacional! Si se me

-
- instrumentos interamericanos, veinte convenciones, tres protocolos, una Ley Modelo y dos documentos uniformes. La primera parte de la CIDIP VII se convocó el 7-9 de octubre de 2009, donde fue adoptado el Reglamento Modelo para el Registro bajo la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias (http://www.oas.org/DIL/esp/derecho_internacional_privado.htm). Varios de estos trabajos de la OEA –algunos referidos más abajo– han sido incorporados por el Paraguay.
14. De fecundas consecuencias, el artículo 9º de la Convención Interamericana sobre *Normas Generales de Derecho internacional privado* (CIDIP II, Montevideo, 1979) dispone: “Las diversas leyes que pueden ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica serán aplicadas armónicamente, tratando de realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones. Las posibles dificultades por su aplicación simultánea se resolverán tratando de realizar las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”. Esta convención ha sido adoptada en el Paraguay por Ley 892 de 1981.
 15. Como, por ejemplo, el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias, ratificado por Ley paraguaya 2070 de 2003, reconoce un orden jurídico supranacional o transnacional al referirse en su Art. 34.1, entre las consideraciones a ser tenidas en cuenta con respecto al derecho aplicable, “... a los principios y disposiciones de Derecho Internacional aplicables a la materia”.
 16. Decisión CMC nº 1 de 1994, ratificada por Ley nº 597 de 1995, que permite a las partes elegir la jurisdicción competente, propia o foránea, judicial o arbitral (Art. 4º).
 17. Como lo vengo insistiendo en varios trabajos, resulta sumamente trascendente la derivación que puede hacerse de una norma del propio Tratado de Asunción, constitutivo del MERCOSUR, que en su Anexo 2, relativo al Régimen General de Origen, utiliza las abreviaturas de FOB y CIF (Arts. 1º y 2º). No aclara su significado ni alcance, pero evidentemente se refiere a los términos usuales que ha institucionalizado la Cámara de Comercio Internacional. Con ello, efectúa un reconocimiento formal a estas fuentes no legisladas, y admite además la autonomía de la voluntad; ya que, por ejemplo, al incorporar las partes una cláusula FOB en un contrato, determinan dónde se consideran cumplidas las obligaciones y, por ende, el derecho aplicable.

permite la licencia de insertar una nota al pie en el cuerpo del texto, quiero resaltar aquí que una ley paraguaya (Ley 861 de 1996, "de bancos") también viene a reconocer textos universales de este organismo privado, al sujetar la emisión y conformación de cartas de crédito "a las reglas y usos uniformes que sobre la materia sancione la Cámara de Comercio Internacional" (Art. 82).

III. Un marco bien universal para el arbitraje en el Paraguay

La Constitución Nacional admite expresamente el arbitraje en su Art. 248¹⁸, con todo lo que ello implica con respecto al marco cosmopolita en que se desenvuelve este medio de solución de conflictos en el mundo, al amparo de la autonomía de la voluntad y de usos y principios internacionales que le operan de transfondo¹⁹.

El país también ratificó la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales²⁰, propiciada por las Naciones Unidas y hoy día vigente en más de ciento cincuenta países, que no solo facilitó la propagación—cual reguero de pólvora— del arbitraje y la autonomía de la voluntad en el mundo, sino abrió además, con fecundísimas consecuencias, las compuertas al derecho transnacional²¹, lo que en justicia le ha hecho acreedora de calificativos como "la más efectiva instancia de legislación en la historia del Derecho comercial"²².

-
18. Ello a la vez que el Art. 97, relativo a los convenios colectivos laborales, reconoce expresamente el arbitraje como método optativo de resolución de conflictos en el ámbito.
 19. Como bien lo resalta OPPETIT, se presenta en el arbitraje, lo que denomina como el fenómeno de la "aculturación jurídica": los árbitros se ven obligados a realizar un esfuerzo de integración que recuerda la simbiosis de los derechos "sabios" en la Edad Media, con los que se excluían los localismos (B. OPPETIT, *Teoría del Arbitraje*, Traducido por: Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza y José Joaquín Caicedo Demoulin, Bogotá, Legis Editores, 2006, pp. 278-279 nota al pie). Puede ampliarse al respecto también en la más reciente obra, traducida al español, de E. GAILLARD, *Teoría jurídica del arbitraje internacional*, Asunción, CEDEP, 2010.
 20. Ello según Ley 948 de 1996.
 21. Como muestra basta un botón. La Declaración de la Conferencia de El Cairo de la *International Law Association*, de 1992, alusiva a la Convención de Nueva York, se ha expedido contundentemente en los siguientes términos: "El hecho de que un árbitro internacional haya sustentado un laudo en normas transnacionales (principios generales del derecho, principios comunes a muchos derechos, derecho internacional, usos del comercio y expresiones análogas), en vez del derecho de un Estado determinado, no debería, por sí mismo, afectar la validez o el carácter ejecutorio del laudo, cuando las partes acordaron que el árbitro aplicaría normas transnacionales, o cuando las partes guardaron silencio respecto al derecho aplicable".
 22. Así lo hizo Lord JUSTICE MUSTILL, citado en S. M. KRÖLL / J. D. M. LEW / L. A. MISTELIS, *Compa-*

→

El Paraguay, además, siguió casi fielmente el modelo de UNCITRAL²³ en materia de arbitraje, a partir de la Ley 1879 de 2002²⁴, amén de haber adoptado diversas leyes claramente favorables a este medio alterno de solución de disputas²⁵. Como bien se sabe, la ley modelo no solo tiene como uno de sus pilares a la autonomía de la voluntad²⁶, sino también habilita a que las disputas sean resueltas de acuerdo a principios y criterios transnacionales, cuando las partes así lo hayan decidido²⁷.

-
- *rative International Commercial Arbitration*, 2003, p. 694. Por mi parte, intitulé un trabajo mío, alusivo a la Convención de Nueva York: "La Convención más trascendente de la historia del Derecho Privado", Asunción, La Ley Paraguaya, 2009, 273.
23. Ampliada con reformas en el año 2006 (ver en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html) (Último acceso: 3 de marzo de 2010).
24. Con alguno que otro condimento pasible de críticas. Ver J. A. MORENO RODRÍGUEZ, "Arbitration in Paraguay", en L. Mistelis/ L. Shore/ H. Smit (eds.), *World Arbitration Reporter (WAR)* - 2nd Edition, New York, Juris Publishers, 2010. J. A. MORENO RODRÍGUEZ, "El Arbitraje Comercial Internacional en Paraguay: Marco Legal y Jurisprudencial", en C. Conejero Roos/ A. Hierro/ V. Macchia/ C. Soto (coords.), *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica – Marco legal y jurisprudencial*, España, La Ley, grupo Wolters Kluwer, 2009, pp. 571 y ss.
25. Otras leyes que mencionan expresamente el arbitraje comercial internacional son la Ley 117 de 1991, relativa en general a las inversiones, que reconoce en su art. 9º a los arbitrajes nacionales e internacionales, desarrollados "de conformidad con las normas legales nacionales e internacionales pertinentes" y la Ley 194 de 1993, atinente a los contratos internacionales de agencia, representación y distribución internacional que, para estas vinculaciones, admite el arbitraje en sus arts. 7º y 10. El arbitraje se encuentra también reconocido por disposiciones de otras leyes, como la Ley 779 de 1995 de petróleo y otros hidrocarburos, que lo prevé en su art. 5º. La Ley 921 de 1996 lo consagra en materia fiduciaria (Art. 44) Lo propio hace la Ley 1163 de 1997 en materia de bolsa de productos (Art. 22). Por lo demás, tres leyes que contienen autorizaciones expresas para el arbitraje en la contratación pública: la Ley 1618 de 2000, de Concesión de Obras y Servicios Públicos; la Ley 1879 de 2002, de Arbitraje y Mediación; y la Ley 2051 de 2003, de Contrataciones Públicas.
26. Lo propio había hecho ya en el año 1976 el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL, ayudando, según se ha dicho, a modelar efectivas reglas supranacionales (R. AMISSAH, "Revisiting the Autonomous Contract, Transnational contracting, trends and supportive structures", en www.lexmercatoria.org, p. 5) (Último acceso: 3 de marzo de 2010). La nueva versión del reglamento vuelve a reproducir esta solución (Art. 35 – ver en <http://www.uncitral.org/uncitral/es/index.html>).
27. El comentario de UNCITRAL al artículo 28 (1) de la Ley Modelo expresa que la referida disposición es importante por dos razones. En primer lugar, atribuye a las partes la facultad de elegir el derecho sustantivo aplicable, lo que es importante dado que varias leyes nacionales no reconocen clara o plenamente esa facultad. Además, al hacer referencia a la elección de las "normas de derecho" y no a la "ley", la Ley Modelo brinda a las partes una gama de opciones más amplia en lo tocante a la indicación de la ley aplicable al fondo del litigio, por cuanto aquellas pueden, por ejemplo, elegir de común acuerdo normas de
-

Pero la cosa no para ahí: el Paraguay efectuó adaptaciones a la ley modelo, haciendo –por ejemplo– extensivas sus disposiciones al arbitraje doméstico. Como lo destacué en otro lugar, las consecuencias de este “monismo” –de equiparar el arbitraje nacional al internacional– son fecundísimas en lo que respecta a los derechos internos. Ello fundamentalmente, en lo que aquí nos interesa, porque las leyes de arbitraje que siguen, en el punto, al artículo 28 de la Ley Modelo de UNCITRAL²⁸, imponen al árbitro la obligación de respetar la autonomía de la voluntad, los usos y –se ha visto– al menos principios universales en materia de contratación, con lo que a través de este medio de resolución de conflicto se introducen, por la ventana, pautas interpretativas transnacionales en los derechos internos²⁹.

Así también, según se ha visto, el Paraguay ha ratificado diversas convenciones de las CIDIPs³⁰, que con amplitud universalista se muestran favorables al arbitraje y sus derivaciones, relativas a la autonomía de la voluntad y la apertura hacia el derecho transnacional. Lo propio ocurre con textos del MERCOSUR³¹. Esta

→ derecho elaboradas por un organismo internacional pero no incorporadas aún a ningún ordenamiento jurídico nacional. A su vez, se expresa en los Principios Europeos de Derecho contractual, que la expresión “normas de derecho” del art. 28(1) de la Ley Modelo supone que las partes pueden escoger la *lex mercatoria* para regir su contrato (Notas, art. 1:101 PECL, comentario 3, a).

28. En el Paraguay, el Art. 31 de la ley de arbitraje es exactamente equivalente el Art. 28 de la Ley Modelo.

29. Ver mi artículo (nota 1).

30. Como la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 1975), ratificada según Ley 611 de 1976, y la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (Montevideo, 1979), incorporada por Ley 889 de 1981, que reconocen la autonomía de la voluntad y la eficacia de laudos arbitrales en el extranjero, en línea con la Convención de Nueva York de 1958. El Paraguay ratificó otros instrumentos de las CIDIPs que atañen –al menos en parte– al arbitraje, como la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (Panamá, 1975), incorporada según Ley 613 de 1976, en tanto que su protocolo adicional fue adoptado por Ley 894 de 1981. La Ley 890 de 1981, por su parte, aprobó la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares (Montevideo, 1979); la Ley 612 de 1976, ratificó la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (Panamá, 1975); la Ley 614 de 1976 incorporó la Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser Utilizados en el Extranjero (Panamá, 1975); y por Ley 891 de 1981 se adoptó la Convención Interamericana sobre Prueba e Información Acerca del Derecho Extranjero (Montevideo, 1979).

31. El Paraguay ratificó diversos instrumentos del bloque alusivos al arbitraje, como el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR (Decisión Consejo Mercado Común 3/98), según Ley 3303 de 2007; y el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre

→

apertura se reafirma con la adhesión del país al Convenio Constitutivo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI en español o ICSID en inglés), creado en Washington en 1965³², de gran amplitud hacia el derecho transnacional; como así también al Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) de Seúl, Corea³³, que garantiza la ejecución, en los países adherentes, del laudo arbitral en materia de inversión dictado de conformidad con sus normas³⁴, amén de la ratificación de veinte convenios bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones³⁵.

Todos estos instrumentos, tanto del CIADI como de la OEA y del MERCOSUR, contienen respectivamente una remisión al –en definitiva– derecho transnacional³⁶.

→ el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile (Decisión Consejo Mercado Común 4/98), conforme a la Ley 3497 de 2008. Este último no se encuentra vigente por falta de ratificaciones de parte de Bolivia y Chile. Así también, el Paraguay incorporó el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (Decisión Consejo Mercado Común 5/92, ratificado por Ley 270 de 1993), que se ocupa del tema arbitral en su capítulo V, arts. 18 al 20 y 24; y el Protocolo de Medidas Cautelares (Decisión Consejo Mercado Común 27/94, adoptado por Ley 619/ 95), que hace extensivos al arbitraje sus arts. 1º, 2º y 6º.

32. Ratificado por Ley nº 944 de 1982.

33. Ratificado por Ley nº 124 de 1991.

34. C. LEATHLEY, *International Dispute Resolution in Latin America, An Institutional Overview*, Kluwer Law International, 2007, p. xv. Sobre el arbitraje de inversión y varias cuestiones que atañen a Latinoamérica, puede consultarse el excelente trabajo siguiente: F. CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007, pp. 555 y ss.

35. Con los siguientes países: Francia, Ley nº 804/80, art. 12; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Ley nº 92/91, art. 9; y Ley nº 798/95, art. 8; China, Ley nº 29/92, art. 6; Estados Unidos de América, Ley nº 155/93, art. 5; Corea, Ley nº 225/93, arts. 12, 13; Países Bajos, Ley nº 349/94, art. 9; Hungría, Ley nº 467/94, arts. 9 y 10; Alemania, Ley nº 612/95, arts. 10 y 11; Austria, Ley nº 1180/97, arts. 8, y 9; España, Ley nº 461/94, arts. 10 y 11; Ecuador, Ley nº 469/94, arts. 8 y 9; Perú, Ley nº 468/94, arts. 8 y 9; Rumania, Ley nº 527/94, arts. 8 y 9; Chile, Ley nº 897/96, arts. 8 y 9; Venezuela, Ley nº 1058/97, arts. 9 y 10; El Salvador, Ley nº 1316/98, arts. 9 y 10; República Checa, Ley nº 1472/99, arts. 9 y 10; República Portuguesa, Ley nº 1722/01, arts. 9 y 10; y Cuba, Ley nº 1900/02, arts. 9 y 10.

36. Así, el convenio constitutivo del CIADI prevé en su artículo 42, que “podrán tener virtualidad las normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”. Ello en tanto que la Convención de Panamá se remite en su artículo 3º, a falta de acuerdo entre las partes, a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), cuyo Art. 30 prevé, a su vez, que en todos los casos se tendrán en cuenta “los usos mercantiles aplicables”. Por su parte, los acuerdos de arbitraje del MERCOSUR aluden en su Art. 10 “al derecho internacional privado y sus principios, así como al derecho del comercio internacional”. Ello surge también del Art. 25, inciso 3º.

De hecho, el problema de la autonomía de la voluntad y de la apertura hacia el universalismo en la contratación internacional, debe entenderse superado en la gran cantidad de países latinoamericanos que modernizaron sus derechos arbitrales³⁷, entre ellos el Paraguay, con la anomalía absurda –según una interpretación– que la virtualidad del derecho de fondo queda sujeta a la vía procesal elegida para poder eventualmente hacerse efectivo.

IV. Instrumentos de derecho uniforme

Como bien se sabe, el llamado “pluralismo metodológico” prevalece hoy en la órbita iusprivatista internacional³⁸. Por un lado, se cuenta con normas “conflictualistas”, que no regulan sustantivamente el caso, sino meramente indican el derecho aplicable al mismo “localizando” o “nacionalizando” la solución. En tanto que, por otro lado, la posición sustantiva, referida también como “material”, “privatista”³⁹ o “universalista”⁴⁰, al amparo del –en ocasiones– denominado “método uniforme”⁴¹, admite un derecho transnacional expresado en usos y principios internacionales, o

-
37. Diversas aristas del problema se encuentran tratadas en la completa monografía siguiente: J. C. RIVERA, “Arbitraje Comercial Internacional: La cuestión de la ley aplicable al fondo del asunto”, en C. A. Soto (dir.), *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Lima, Ediciones Magna, 2008, pp. 249 y ss.
 38. Como claramente lo señala la Prof. MAEKELT, ambos métodos conviven y ninguno podría dejar de existir a favor del otro (T. B. DE MAEKELT, “El Futuro del Nuevo Derecho Internacional Privado Venezolano en el Próximo Siglo”, en *Revista Mexicana de Derecho internacional Privado*, número especial, Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Compadro, México, 2000, p. 120).
 39. Así la califica LORENZO IDIARTE en la nomenclatura uruguaya, siguiendo a Quintín ALFONSÍN (G. A. LORENZO IDIARTE, “¿Cuándo un Contrato es Internacional? Análisis Desde una Perspectiva Regional”, en J. Kleinheisterkamp / G. A. Lorenzo Idiarte (coords.), *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 106-107).
 40. Así lo hace CARBONNEAU, para quien la escuela universalista propone que el Derecho internacional privado se transformó de un sistema conflictual a un conjunto de reglas materiales que gobiernan transacciones internacionales (T. E. CARBONNEAU, “The Remaking of Arbitration: Design and Destiny”, en T. E. Carbonneau (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, p. 30).
 41. L. PEREZNIETO CASTRO, “Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos”, en *Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, 1998, p. 210.

cuando menos materializado en “instrumentos de derecho uniforme”⁴², que como tales resultan aplicables directamente a vinculación en ellos comprendida.

Pues bien, el Paraguay, además de su legislación “conflictualista”, viene incorporando diversos instrumentos de derecho uniforme, como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, conocida también –y así será referida más abajo– como la Convención de Viena⁴³. La Convención sobre prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías de 1974, ha sido asimismo ratificada por el Paraguay⁴⁴, y lo propio ha ocurrido con otros instrumentos de derecho uniforme en la órbita comercial, como la Convención de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (“Reglas de Hamburgo”) de 1978⁴⁵ y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional de 1991⁴⁶.

La adopción de estos instrumentos tiene –o debería producir– un profundo “efecto universalista” en los sistemas nacionales. Por ejemplo, y tal como lo señalé en otra ocasión⁴⁷, la Convención de Viena está marcada a influir en la interpretación de los derechos domésticos, “transnacionalizándola”; el artículo 7º de la Convención⁴⁸ –que inspiró a su vez soluciones de varios otros instrumentos internacionales ulteriores– impone la interpretación “autónoma” de la misma, es decir, independientemente de las peculiaridades nacionales que puedan resultar inconsistentes con la uniformidad.

42. ILLESCAS y PERALES VISCASILLAS en vez de utilizar expresiones como *lex mercatoria*, Derecho mercantil internacional, Derecho comercial internacional o Derecho del comercio internacional, se inclinan por adoptar –por considerarla más adecuada– la terminología de Derecho uniforme del comercio internacional. Señalan como rasgos comunes la internacionalidad, la uniformidad y el contenido obligacional privado de sus normas (R. ILLESCAS ORTIZ / P. PERALES VISCASILLAS, *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2003, pp. 28 y ss.)

43. Ratificada por Ley 2611 de 2005, encontrándose vigente desde el 1 de febrero de 2007.

44. Según Ley nº 2136 de 2003.

45. Ratificada por Ley 2614/2005. Disponible en http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/transport/hamburg/hamburg_rules_s.pdf

46. Ratificada por Ley 2612/2005. Disponible en http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/transport/ott/ott_s.pdf

47. J. A. MORENO RODRÍGUEZ (nota 1).

48. El citado artículo dispone en su primera parte: “1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional...”.

Desde luego que cuando se incorpora a un país instrumentos como este, la armonía pretendida con ellos puede destruirse, si la interpretación de sus normas se realiza a la luz de conceptos domésticos y no desde una amplitud comparativa⁴⁹.

Lo mismo ocurre –o debería ocurrir– a nivel regional. Europa es un claro ejemplo. Allí, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁵⁰ busca principios generales europeos y filtra lo que los tribunales nacionales pueden haber decidido con criterios estrictamente locales⁵¹. La Corte europea ha expresado que “de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho comunitario como del principio de igualdad, se desprende que el tenor de una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la comunidad”⁵².

Pues bien, si se traslada a la compraventa lo dicho aquí con respecto al “principio de la igualdad”, no habría argumento convincente para interpretar con cánones o estándares distintos, una operación internacional de una doméstica. ¿Por qué la buena fe, por ejemplo, debería ser diferente en uno u otro caso análogo, en cuanto a las derivaciones que en la práctica se vayan aceptando del principio?⁵³ Más

-
49. J. H. DALHUISEN, *Dalhuisen on International Commercial, Financial and Trade Law*, Portland, Hart Publishing, 2000, p. 119.
50. Artículo 164 del Tratado de Roma. También ciertos Estados han otorgado a esta Corte el poder de interpretar conceptos jurídicos usados en algunos tratados, conforme al artículo 220 del Tratado de Roma (M. J. BONELL, “International Uniform Law in Practice – Or Where the Real Trouble Begins”, en *The American Journal of Comparative Law* (38 American Journal of Comparative Law 865), 1990, p. 27).
51. J. H. DALHUISEN (nota 49), p. 52.
52. STJCE del 9 de noviembre de 2000: Asunto C-357/98, “*The Queen contra Secretary of State for the Home Department, ex parte: Nana Yaa Konodu Yiadom*”. FERNÁNDEZ ROZAS también refiere el caso STJCE del 19 de setiembre de 2000: Asunto C-287/98, “*Luxemburgo contra Linster*” (J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *ius mercatorum, Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, Editorial Colegios Notariales de España, 2003, p. 185 y nota al pie).
53. Traslado el ejemplo a un caso en concreto, en aplicación de la Convención de Viena, se ha resuelto que, aun cuando no hay una declaración explícita de resolución del contrato, ella no resultaría necesaria cuando el vendedor había rehusado a cumplir su obligación, y que insistir en esa declaración sería contra el principio de la buena fe, aun cuando la convención expresamente requiere la declaración (Caso 277 - UNCITRAL Digest of case law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods, A/CN.9/SER.C/DIGEST/CISG/7). Se mencionan también otros casos CLOUT, como los nºs 297, 277, 377, 136, 154, etcétera). Al no haber una regla expresa en algún derecho nacional en ese sentido, ¿por qué no seguir esta solución, aunque contrarie alguna que antes se haya esgrimido discrecionalmente en derechos locales por la vía interpretativa?

acorde con la "transnacionalización", el "universalismo" y la "igualdad", en el sentido que venimos exponiendo, sería, ante la duda interpretativa, recurrir a la solución uniforme que haya emergido, en su caso, en aplicación de la Convención de Viena.

Según viene ocurriendo de manera reiterada en el derecho comparado⁵⁴, con este razonamiento, se introducen al derecho doméstico, de afuera, "por la ventana", criterios relevantes relacionados con la labor hermenéutica⁵⁵.

V. Constitucionalismo, derechos humanos y derecho privado

El Paraguay se adscribió a diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, entre ellos, por ejemplo –y con marcada incidencia ulterior en la praxis– el que acepta la jurisdicción supranacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁶.

Como bien lo resalta TUSHNET, muchos sistemas constitucionales hoy están sujetos a la supervisión de instituciones internacionales que aplican derechos humanos internacionales, a saber: la Corte Europea de Derechos Humanos, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas y muchos más. En tanto las cuestiones constitucionales finalizarán en tribunales domésticos, ellas pueden, en principio, dirimirse con criterios autóctonos. En las últimas décadas, sin embargo, los derechos internacionales –y particularmente los derechos humanos– entraron al ruedo, con tribunales supranacionales que se erigen en sus guardianes, por encima de los tribunales supremos locales⁵⁷.

54. Lo mismo ocurre con otros instrumentos universales, como los Principios de UNIDROIT, invocados recientemente en este sentido en al menos tres fallos del Tribunal Supremo Español del año 2007, a partir de otro caso de 2006, el que suele también citarse (Deutsche Seereederei Rostock GmbH v. Martico SL). En 2008, nuevamente el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), recurre al mismo razonamiento en Bodega Marques de Murrieta, S.A. vs Valoría S.A. En UNILEX se encuentran otros pronunciamientos recientes de tribunales españoles, en esta misma línea, de Lleida, Madrid y Tarragona en 2007; de la Audiencia Provincial de Madrid en 2008; y de la Audiencia Provincial de Cádiz y de Valencia, en 2009.

55. Como lo expresan las sabias palabras de Lord GOFF DE CHIEVELEY: "El derecho comparado puede haber sido el hobby del ayer, pero está destinado a convertirse en la ciencia del mañana" (W.G. Hart Legal Workshop Series, Comparative Law in the 21st Century, Edited by Andrew Harding and Esin Örucü, London/The Hague/New York, Kluwer Academic Publishers, 2002, Preface, pp. vii-viii).

56. Por Ley nº 1 de 1989 el país ratificó el Pacto de San José de Costa Rica, además de haberse adherido por Ley nº 5 de 1992 al pacto internacional de derechos civiles y políticos, de las Naciones Unidas, *inter alia*.

57. M. TUSHNET, "Comparative Constitutional Law", en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2006, p. 1233.

La Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, por ejemplo, invocó a ese efecto repetidamente el tratado de la Unión, especialmente las cuatro libertades (movimiento de bienes, personas, servicios y capital) y el principio de no discriminación. Así, resolvió que la regla tradicional prevaleciente por mucho tiempo en países europeos, de que las corporaciones se encuentran sujetas a lugar de su asiento, no puede ser invocada para denegar su establecimiento y reconocimiento en otro Estado miembro (*Centros v Erhvervsog Selskabsstyrelsen*)⁵⁸. También ha juzgado este máximo tribunal que el orden público comunitario debe ser interpretado a la luz de la Convención Europea de Derechos Humanos (*Krombach v. Bamberski*)⁵⁹.

A la par, los tribunales nacionales vienen invocando los derechos humanos para "limitar" lo que los Estados pueden hacer en materia de Derecho internacional privado. Marcó todo un hito en este sentido la famosa decisión de la Corte Constitucional alemana de 1971, seguida por otras, como la italiana de 1987⁶⁰.

Como lo destaca WHITTAKER, con ello los tribunales domésticos permiten que las normas o derechos contenidos en sus instrumentos constitucionales (especialmente en materia de derechos humanos) puedan servir de motor para una transformación o modernización de sus derechos internos. De este modo, las viejas leyes vienen siendo reconsideradas y reinterpretadas a la luz del más nuevo pensamiento constitucional. Esto es lo que ocurrió, por ejemplo, en Alemania, donde el principio de la buena fe, previsto en el Código Civil, resultó un vehículo particularmente útil para introducir normas constitucionales al derecho privado⁶¹.

VI. Giro de los derechos privados hacia el derecho comparado

No podemos ir a las soluciones "paraguayas" en materia de autonomía de la voluntad, contenidas en el Código Civil, sin antes hacer un repaso de las profundas transformaciones teóricas que se vienen produciendo en los derechos privados "codificados", particularmente en Francia y Alemania.

58. Caso C-212/97, (1999) ECR-I, 1459.

59. Caso C-7/98, (2000) ECR I-1935.

60. Ver M. REIMANN, "Comparative Law and Private International Law", en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2006, pp. 1392-1393.

61. S. WHITTAKER, *The 'Draft Common Frame of Reference', An Assessment*, commissioned by the Ministry of Justice, United Kingdom, 2008, <http://www.justice.gov.uk/publications/eu-contract-law-common-frame-reference.htm>, pp. 67-68.

Existen poderosas razones para concentrarnos y limitarnos a estos dos países. Resumiendo una historia muy larga y a la que podrían hacerse muchas matizaciones, Francia ha exportado el modelo codificador al mundo del derecho civil y Alemania ha hecho lo propio con su dogmática o técnica interpretativa.

1. Francia

Con respecto a Francia, en los albores de la codificación, sus juristas decimonónicos se limitaban a una “interpretación restrictiva” por medio de la exégesis, centrada fundamentalmente en el análisis gramatical y lógico de los textos legales⁶². Un giro fundamental se produce a partir de la segunda mitad del siglo XIX. Hasta 1852 todo estaba basado en los textos; desde entonces, se empieza a tomar en consideración la práctica, y la doctrina empieza a tomar el rol de organizador del derecho jurisprudencial, como antes fue organizador de la ley⁶³. A la par, de allí en más la doctrina fue acentuando crecientemente una “interpretación extensiva” de los textos legales. El pensamiento extensivo hace que juristas de comienzos del siglo XX, como PLANIOL, invoquen el auxilio de la “economía política”. Otros, como RIPERT, hablarán de la “regla moral”; otros –como CARBONNIER– de los adelantos de la escuela de “*law and economics*” de origen norteamericano⁶⁴ y otros –inspirados en el gran comparatista DAVID– pondrán particular énfasis en el derecho comparado.

En materia de responsabilidad civil, el método de interpretación extensiva llevó a varias figuras del *Code* a aplicaciones insospechadas, como por ejemplo con respecto a la evolución de las cinco normas de responsabilidad civil (arts. 1382-1386), a las que se asignaron aplicaciones fecundísimas, algunas incluso contrariando el sentido originario, como ocurrió, por citar un ejemplo, con el giro de la responsabilidad subjetiva hacia la responsabilidad objetiva⁶⁵.

La disciplina del Derecho internacional privado se vio particularmente enriquecida como consecuencia de estos desarrollos, donde ante la orfandad de las solu-

62. Ver A. T. VON MEHREN, *The Civil Law System*, 2nd Edition, Boston / Toronto, Little, Brown and Company, 1977, p. 58.

63. Citado por A. T. VON MEHREN (nota 62), pp. 87-88.

64. J. CARBONNIER, *Derecho Civil, El Derecho de la Obligaciones y la Situación Contractual*, T. I, 1992.

65. Otro desarrollo peculiar y de fecundísimas consecuencias es el de la teoría de la causa. Una exposición detallada del tema se encuentra en los libros: J. A. MORENO RODRÍGUEZ, *Dos tesis sobre contratos*, Asunción, Intercontinental Editora, 2007 y J. A. MORENO RODRÍGUEZ, *Teoría de la Causa*, Asunción, Intercontinental Editora, 1996; y J. A. MORENO RODRÍGUEZ (nota 2).

ciones del Código Civil Francés existe, como lo refiere AUDIT, una influencia recíproca de la doctrina y la jurisprudencia, jugando sobre todo la doctrina un rol particular⁶⁶.

Una parte importante del Derecho privado francés resulta entonces, hoy día, producto de precedentes jurisprudenciales, del reconocimiento a los usos y principios y de los aportes de doctrina, aunque –debe reconocerse– existan todavía muchos que sigan teniendo una concepción “legalista” del derecho⁶⁷. Lo mismo podría decirse de varios otros países de Europa y Latinoamérica con Códigos de derecho privado.

2. Alemania

El modelo de codificación fue el francés, pero –como bien lo refiere LÓPEZ MEDINA–, en cuanto al modelo de ciencia jurídica, reina la escuela alemana. Así como los estudiantes habían acudido a Italia en el siglo XII, a Francia en el siglo XVI y a Holanda en el siglo XVII⁶⁸, lo propio ocurrió con Alemania en el siglo XIX. Sin embargo, por sobre ello, el factor decisivo para la incidencia germana ha sido la particular influencia de SAVIGNY⁶⁹. En Francia, sus trabajos entran con mucha fuerza a partir de la obra de ZACHARIE, introducida al país por medio de los grandes juristas galos AUBRY y RAU, quienes –continuando la labor de aquel– terminan escribiendo quizás el tratado más influyente del Derecho privado francés del siglo XIX. Estas enseñanzas se extienden luego, en general, al mundo civilista.

Queda así la doctrina alemana en un pedestal de singular preponderancia en los sistemas del derecho civil, que –podría decirse, aunque aquí también podrían efectuarse matizaciones– aún retiene. De ese modo, siguen incidiendo en varios países del mundo civilista los cambios metodológicos registrados en la Alemania

66. B. AUDIT, *Droit International Privé*, Cinquième Edition, Paris, Editorial Economica, 2008, pp. 22-23.

67. Nada más apropiado aquí que las palabras de MERRYMAN: “Existe la masa de los abogados, y por otro lado el jurista refinado, crítico, en el horizonte creciente del pensamiento legal. Los juristas refinados constituyen siempre el grupo más pequeño y menos representativo, pero incluso en la nación más atrasada podemos encontrar algunos abogados que dicen honestamente: ‘eso no me parece justo’” (J. H. MERRYMAN, *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*, Traducción de Eduardo L. Suárez, México, Editorial Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 13).

68. D. E. LÓPEZ MEDINA, *Teoría impura del derecho, La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Editorial Legis, 2004, p. 134, nota al pie.

69. Ver sobre esto D. E. LÓPEZ MEDINA (nota 68), p. 127.

post-Savigny, sobre todo cuando se recurre, para moldear el derecho privado, a derechos fundamentales reconocidos en el orden constitucional o “principios”.

3. Del conceptualismo positivista a concepciones universales de justicia

Para la elaboración del Código Civil Alemán (B.G.B.), vigente a partir de 1900, prevaleció ampliamente el pensamiento pandectista, inspirado en SAVIGNY, que atiende al orden formal-abstracto-lógico⁷⁰, lo cual se refleja en la misma estructura y técnica legislativa del B.G.B. Se pretendía que a partir de entonces el juez tendría ante sí un sistema herméticamente pleno de normas jurídicas, que se ocuparía expresa o implícitamente de cada cuestión que pudiera presentarse, a cuya solución se llegaría por medio de operaciones puramente lógicas.

La evolución jurisprudencial, doctrinaria, y ciertos acontecimientos trascendentes dentro de la vida alemana, como lo fue, en particular, el advenimiento de la Primera Guerra Mundial, hicieron sentir la necesidad de un sistema interpretativo más elástico, de acuerdo a las nuevas necesidades que fueron surgiendo, como ocurrió, por ejemplo, con la excesiva onerosidad sobreviniente (imprevisión) a la terrible inflación que azotó Alemania luego de la contienda. Así, la llamada *jurisprudencia de intereses* vino a confrontarse con la denominada *jurisprudencia de conceptos* que había prevalecido hasta entonces.

A diferencia de esta última, la jurisprudencia de intereses pretende ir más allá de meras operaciones lógicas, para lo cual se propugna el análisis de los intereses en juego y de las consecuencias sociológicas de la decisión en uno u otro sentido. El juez adquiere un rol más activo y el método lógico estricto se ve fuertemente atenuado. Consecuentemente, ante la aparición de nuevos problemas que evidentemente no fueron previstos en el Código (como la imprevisión), antes que intentar reconstruir el pensamiento del legislador, sobre bases totalmente desactualizadas, cabría evaluar los intereses en conflicto. Desde el punto de vista teórico, resaltan aquí los trabajos de ZITELMANN, HECK, RÜMELIN y ESSER⁷¹.

El Tribunal Supremo germánico ha invocado en reiteradas ocasiones la jurisprudencia de intereses⁷², y ha venido valiéndose, además, de diversas técnicas para

70. A. T. VON MEHREN (nota 62), pp. 75-81.

71. Varios de cuyos pasajes se encuentran transcritos en A. T. VON MEHREN (nota 62), pp. 91-95.

72. RÜMELIN, citado por A. T. VON MEHREN (nota 62), p. 94.

romper con el conceptualismo positivista. Recientemente, ha adquirido particular fuerza la jurisprudencia de valores, encarnada en las posiciones teóricas de LARENZ y CANARIS, entre otros⁷³. El sistema jurídico no es simplemente el resultado de luchas de poder contingentes, sino refleja una coherencia interna dentro de una jerarquía de principios y sub-principios a través de los cuales se conectan sus diferentes niveles. La resolución de un caso requiere la reconstrucción del complejo esquema de principios y la apelación a sus contextos cuando se necesita balancearlos conforme a los valores en juego.

Se entiende, pues, que Alemania haya estado preparada para recibir las ideas del norteamericano DWORKIN –elaborada en torno a los “principios” jurídicos– con los trabajos del germano ALEXY a partir de los años setenta, quien introdujo la teoría de HABERMAS del discurso racional al mundo jurídico, transformándola en una teoría de la argumentación jurídica⁷⁴. Se recurre así frecuentemente a la invocación de “principios”, sobre todo aquellos consagrados en la Ley Básica Fundamental Alemana y la doctrina desarrollada en torno a ellos⁷⁵.

De hecho, como bien lo destaca LÓPEZ MEDINA, ya en la Alemania del siglo XIX se encontraba claramente en proceso de gestación la reinterpretación del derecho privado por fundamentos filosófico-políticos con el desarrollo del ideal del Estado social. Ella constituye una forma de filosofía jurídico-política inspirada originalmente por HERDER, luego GIERKE, más adelante por el iussocialista HELLER, para luego terminar formalizada en la cláusula de Estado social, primero presunta en la Constitución de Weimar en 1919, y finalmente en forma explícita en la Ley Fundamental de Bonn

73. Ver al respecto K. LARENZ, *Derecho Justo, Fundamentos de Ética Jurídica*, Madrid, Editorial Civitas, 2001, pp. 32-36; también H. COING, *DERECHO PRIVADO EUROPEO*, T. I, Madrid, Editorial Fundación Cultural del Notariado, 1996, pp. 57-58.

74. A. SOMEK, “German legal philosophy and theory in the nineteenth and twentieth centuries”, en D. Patterson (ed.), *A Companion to Law and Legal Theory*, Oxford: Blackwell, 1996, pp. 351-352.

75. La nueva Ley Básica Alemana derivó en la constitucionalización del derecho privado en lo que respecta a derechos, dignidad, libertad personal. La jurisprudencia también fue sistematizada, para lo que contribuyó mucho también la doctrina y lo que se consideró “hipertrofia del comentario jurídico” (R. ZIMMERMANN y S. WHITTAKER (eds.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 22-23). La distinción entre reglas y principios –refiere ALEXY– se propagó en Alemania sobre todo a partir de los años 50 gracias a los trabajos de ESSER. DWORKIN popularizó el debate a nivel internacional luego de un artículo de 1967 contra el positivismo de H.L.A. HART (R. ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 93-94).

de 1949. Prevalece así una comprensión orgánica y finalista de la sociedad, originada en HERDER y en el desarrollo de las ideas románticas, por sobre una tradición positivista e individualista proveniente fundamentalmente de las ideas de KANT⁷⁶.

El positivismo legalista había llevado a resultados aberrantes, cuyos extremos pudieron percibirse con la Alemania Nazi y el sinnúmero de situaciones de injusticia generadas por la estricta sumisión a reglas legales. De allí que después de la Segunda Guerra Mundial y el proceso de Nuremberg, los tribunales hayan recurrido con frecuencia cada vez mayor y más abiertamente, a los principios generales del derecho, comunes a todos los pueblos civilizados. ¿Es una vuelta al derecho natural clásico? PERELMAN diría que es un retorno a la concepción de Aristóteles que, al lado de las leyes especiales escritas, afirma la existencia de un derecho general: "todos esos principios no escritos que se suponen ser reconocidos en toda parte"⁷⁷.

Ello explica el porqué, como lo expresé en otro trabajo⁷⁸, el panorama actual, descrito por los grandes comparatistas ZWEIGERT y KÖTZ, se muestra con precedentes jurisprudenciales en Alemania, Grecia, Portugal y Suiza, repletos de referencias al derecho comparado⁷⁹. Una frase del germano BERGER sintetiza la actitud que viene tomando cuerpo hoy: "interpretación transnacional del derecho" ("*internationally useful construction of domestic laws*")⁸⁰, en tanto que su compatriota ZIMMERMANN dice, con referencia al derecho teutón, que los recursos del *ius commune*—de clara vocación universal— tienen hoy considerable significado para la evaluación e interpretación de provisiones legislativas germánicas⁸¹.

Recientemente, en la propia Francia, que había dado génesis al impulso codificadornacionalista, Guy CANIVET, Presidente de la *Cour de Cassation* y ex Presidente de la *Société de Législation Comparée*, abogó por el rol del juez como guardián de valores sociales a través del uso del derecho comparado. Incluso, para conducir una

76. D. E. LÓPEZ MEDINA (nota 68), p. 81, y cita a EWALD.

77. C. PERELMAN, *Lógica Jurídica*, Traducción al portugués de la Edición de 1979, São Paulo, Editorial Martins Fontes, 2000, pp. 102-103.

78. J. A. MORENO RODRÍGUEZ (nota 1).

79. K. ZWEIGERT / H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, Third Edition, New York, Oxford University Press Inc., 1998, p. 19.

80. Ver en V. RUÍZ ABOU-NIGM, "The Lex Mercatoria and Its Current Relevance in International Commercial Arbitration", en A. Dreyzin / D. Fernández Arroyo (dirs.), *Revista DeCITA, Derecho del comercio internacional, temas y actualidades*, Arbitraje, 02.2004, p. 111.

81. R. ZIMMERMANN, "The German Civil Code and the Development of Private Law in Germany", en *Oxford U Comparative L Forum 1* en ouclf.iuscomp.org, 2006, texto después de la nota 144.

efectiva investigación comparada, la Corte de Casación puede ordenar un reporte de un nuevo Centro de Derecho Comparado en la Universidad Panteón-Sorbonne (París I)⁸². Es más, aun los llamados “internistas” en Francia, aunque rehusen considerarse “comparatistas”, hacen varias formas de comparación. Por ejemplo, todos los textos recientes de doctrina, relativos al derecho de contratos, confrontan el derecho interno francés con convenciones internacionales, “*restatements*”, directivas y jurisprudencia europeas, entre otros materiales⁸³.

VII. El Código Civil y la contratación

1. En general

En el Paraguay, las principales normas que regulan el derecho aplicable a la contratación transfronteriza se encuentran en el Código Civil⁸⁴.

Vigente a partir del 1 de enero de 1987, el Código Civil Paraguayo vino a sustituir al de VÉLEZ SANSFIELD, importado de la Argentina y de centenaria vigencia en el país, en torno al cual se había formado un notable cuerpo de doctrina –en su mayor parte foránea– que súbitamente quedó desfasado. El nuevo Código no solo ha reformado las materias propias del derecho civil, sino que, a semejanza del Código Civil Italiano de 1942, las ha fusionado en gran parte con las del derecho comercial– con lo cual puso fin a un divorcio de siglos que modernamente ya no tenía mayores justificativos.

El Código Civil Paraguayo reconoce una diversidad heterogénea de fuentes, además del Anteproyecto De Gásperi, elaborado por este reconocido jurista a instancias de la Comisión Nacional de Codificación. Entre ellas cabe mencionar las principales legislaciones civiles del derecho comparado, como la francesa, la alemana, la italiana y la argentina, todas ellas, sobre todo, a través de su exposición racional por parte de la doctrina⁸⁵. Asimismo, proyectos nunca sancionados legisla-

82. B. FAUVARQUE-COSSON, “Development of Comparative Law in France”, en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2006, p. 59.

83. B. FAUVARQUE-COSSON (nota 82), p. 38.

84. Sobre aspectos del derecho aplicable a la contratación transfronteriza en el Paraguay relativos específicamente a contratos bancarios, de seguro, de agencia y representación, de transportes, etcétera, puede verse el capítulo que escribí sobre Paraguay en: C. ESPLUGUES MOTA / D. HARGAIN / G. PALAO MORENO (dirs.), *Derecho de los Contratos Internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, Montevideo / Buenos Aires, Editorial B de f, 2008, pp. 571 y ss.

85. Ver R. SAPENA PASTOR, *Fuentes Próximas del Código Civil*, ps. 2 y ss., Editorial El Foro, 1986.

tivamente han tenido notoria influencia, principalmente el Proyecto Argentino de Reformas de 1936 y el anteproyecto de BIBILONI que le precedió.

El Anteproyecto DE GÁSPERI ha tenido menos influencia en el texto definitivo del Código Civil de lo que pudiera parecer, si se considera que ha sido tomado como base para los trabajos de la comisión codificadora, la cual, sin embargo, luego de alrededor de dos décadas de labor, modificó un importante número de sus artículos, reduciéndolos de 3597 a 2812 y depurándolos en sintonía con los objetivos trazados desde un primer momento por el equipo jurídico conformado: claridad, concisión y precisión⁸⁶. En materia de la parte general de los contratos –no así en lo que atañe al Derecho internacional privado– ha tenido particular incidencia la labor de Ramiro RODRÍGUEZ ALCALÁ⁸⁷.

En cuestiones de Derecho internacional privado, resaltan la influencia del Código Civil Argentino y sus fuentes –como lo fueron, por ejemplo, las enseñanzas de SAVIGNY y STORY –, además de los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940⁸⁸ y las CIDIPs de la OEA⁸⁹.

En general el Código Civil Paraguayo tiene mucho más luces que sombras. Constituye un cuerpo legal de avanzada de cuyo texto pueden derivarse soluciones incluso para situaciones que no pudieron haberse previsto cuando se lo redactaba,

-
86. R. SILVA ALONSO, *Derecho Internacional Privado*, Parte Especial, Asunción, Intercontinental Editora, 1995, p. 9.
87. Ver J. A. MORENO RODRÍGUEZ, "Ramiro Rodríguez Alcalá, Silencioso Artífice del Código Civil Patrio", en A. Tellechea / R. Moreno Rodríguez Alcalá (dirs.), *Derecho Privado Paraguayo*, Asunción, Editorial La Ley, 2007.
88. El Primer Congreso Sudamericano de Derecho internacional privado se llevó a cabo en Montevideo en 1889. Se suscribieron allí nueve tratados multilaterales sobre la materia, ratificados por Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay. Por su parte, el Segundo Congreso Sudamericano de 1939-1940, ha introducido algunas pocas modificaciones, solo ratificadas por Argentina, Paraguay y Uruguay. Entre Paraguay, Uruguay y Argentina se aplican los tratados de 1940, que acabaron subsumiendo a los que les antecedieron por versar sobre idénticas materias y entre los mismos Estados (no así con respecto a Bolivia, Perú y Colombia).
89. Como, por ejemplo, para la aplicación de oficio del derecho extranjero (Art. 22). Dice FERNÁNDEZ ARROYO que la influencia de los Convenios suscriptos dentro del ámbito de la OEA, a más de directa en los países en que fueron ratificados, ha sido indirecta en varios otros como Perú, México, Uruguay y en alguna medida Paraguay, al inspirar reformas en sus legislaciones internas, civiles y procesales, en armonía con las soluciones del referido organismo internacional (D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho internacional privado interamericano, Evolución y perspectivas*, Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2000, pp. 55-56). Además, muchas convenciones han sido internalizadas en textos convencionales del sistema de integración del MERCOSUR (D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, obra citada, p. 56).

como temas relativos a la contratación electrónica⁹⁰. Así también, resulta digno de destaque la gran compatibilidad entre las soluciones del Código Civil y las que se vienen propugnando actualmente, sobre todo a partir de los trabajos de UNCITRAL relativos a la compraventa –cuya convención, es cierto, fue aprobada en 1980 pero solo recientemente ha crecido el consenso mundial a favor de sus propuestas–; y los del Instituto de Roma o UNIDROIT, una institución gubernamental que ha propuesto una novedosa forma de regular cuestiones relativas a la llamada “parte general” del contrato (que aborda fundamentalmente temas de formación, contenido, interpretación y terminación de los acuerdos) en una versión del año 1994 ligeramente revisada y ampliada en el 2004 con las que nuestra regulación civil madre va en plena sintonía. Esto no es poca cosa si se considera que los trabajos de UNIDROIT han inspirado regulaciones contractuales en Europa, América y en países con gran parte de la población mundial como China, Rusia y Japón⁹¹.

Puede decirse, pues, que la normativa contractual paraguaya sigue resultando hoy –como en su momento– de vanguardia, lo que constituye uno de los grandes méritos del Código Civil, que si resulta eventualmente objeto de alguna ley de fe de erratas, o algún proyecto de consolidación u otro similar, en muy poco deberá enmendarse esta área⁹².

90. Que si bien hoy amerita regularlos en detalle –siguiendo tendencias mundiales como las que marca, por ejemplo, la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (UNCITRAL)– encuentran no obstante respuesta satisfactoria en preceptos felices del Código que dan lugar a la apertura de medios formales para la concreción del contrato. Al efecto, basta con una interpretación no miope del Código (ver J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “La Interpretación del Contrato dentro del Nuevo Escenario Internacional”, en C. Soto (dir.), *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*, Perú, Grijley, 2007, que aparece también en el libro: J. A. MORENO RODRÍGUEZ (nota 2).

91. Puede ampliarse al respecto en: J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “Los Principios Contractuales de UNIDROIT: ¿Un Mero Ejercicio Académico de Juristas Notables?”, en *Revista Foro de Derecho Mercantil*, Bogotá, Editorial Legis, 2005, que aparece también en el libro: J. A. MORENO RODRÍGUEZ (nota 2).

92. Un Código Civil está destinado a perdurar en el tiempo. La seguridad de las vinculaciones entre privados –que constituye un vértice fundamental de todo Estado de Derecho– así lo exige, puesto que la certeza del derecho pasa no solo por la adopción de normas claras sino también que puedan sobrevivir el transcurrir de los años y evitarse así que constituyan “el runrún de algo que se va a quitar” que tanto abominaba ORTEGA (Ver cita y contexto en: A. A. ALTERINI, *La Inseguridad Jurídica*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1993, pp. 20-43).

2. Normas que afectan la contratación transfronteriza

Algunas de estas normas se encuentran en el título preliminar (Arts. 11 a 26), y otras se hallan dispersas en libros como el segundo o el tercero.

A los efectos del juzgamiento de la capacidad, el Título Preliminar adopta como regla el criterio –de origen savigniano– del domicilio, en contraposición al de la nacionalidad de MANCINI⁹³. En materia específicamente contractual, dispone textualmente el Art. 14 del Código Civil: *“La capacidad e incapacidad para adquirir derechos, el objeto del acto que haya de cumplirse en la República y los vicios substanciales que este pueda contener, serán juzgados para su validez o nulidad por las normas de este Código, cualquiera fuere el domicilio de sus otorgantes”*.

La anacrónica disposición del Art. 14 se complementa con otras, inspiradas en los vetustos y cuestionados Tratados de Montevideo, como la del Art. 17 del Código Civil que reza: *“Los derechos de crédito se reputan situados en el lugar donde la obligación debe cumplirse. Si este no pudiere determinarse, se reputarán situados en el domicilio que en aquel momento tenía constituido el deudor”*.

Comentando esta disposición, RUÍZ DÍAZ LABRANO ha señalado que se omitió aquí la expresión *“al tiempo del nacimiento”* de los derechos de crédito, utilizada por el anteproyecto que precedió al Código Civil para ubicar el momento en el cual debería estar mencionado el lugar de cumplimiento. La norma, con mala técnica legislativa, trata conjuntamente la capacidad de derecho con la validez intrínseca de los actos jurídicos y los somete a la ley paraguaya cuando deban cumplirse en el país⁹⁴.

93. Las normas de conflicto relativas a la capacidad son las de los Arts. 11, 12, 13, 14, 15 y 26 del Código Civil. Este último, relativo a personas jurídicas, se repite de manera casi idéntica en el Art. 101. Se sigue al Art. 4º del Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1940, respetándose en cuanto a la existencia y capacidad de las personas jurídicas extranjeras las leyes de su domicilio. Para las personas físicas, la capacidad de hecho ha sido establecida como regla general a partir de los dieciocho años, según Ley 2169 de 2003. Cabe señalar que el art. 11 aclara la duda existente en el Código de Vélez Sarsfield –solucionada en el Tratado de Montevideo– que la capacidad referida es la de hecho o de ejercicio, y no la capacidad de Derecho (R. RUÍZ DÍAZ LABRANO, Código Civil de la República del Paraguay Comentado, Asunción, La Ley Paraguaya, 2009, p. 231-232). RUÍZ DÍAZ LABRANO destaca que en el sistema del Código, en caso de duda se estará siempre a favor de la capacidad y, con relación a los actos, en caso de duda se estará siempre a favor de su validez (R. RUÍZ DÍAZ LABRANO, obra citada, p. 234).

94. Opina RUÍZ DÍAZ LABRANO que la norma unilateral debe ser “bilateralizada”, y admitirse que los contratos que deben ejecutarse en el extranjero se rigen por la ley de lugar de cumplimiento.

Agregando más confusión a este tema, el Art. 297 del Código Civil prevé, en lo pertinente, que los actos serán exclusivamente regidos “*sea cual fuere el lugar de su celebración, en cuanto a su formación, prueba, validez y efectos, por las leyes de la República, cuando hubieren de ser ejecutados en su territorio, o se ejercieren en él acciones por falta de su cumplimiento*”⁹⁵.

SILVA ALONSO critica la utilización de los términos “*formación, prueba, validez y efectos*” en el Art. 297. Señala que el texto resulta redundante para el intérprete. Dado que en el artículo se expresa que, salvo lo referente a capacidad y las formas, el acto habrá de regirse exclusivamente por la ley del lugar de ejecución, no se ve cuál pudiera ser la razón del uso de los términos “*formación, prueba, validez y efectos*”. Si el acto se encuentra formado, es decir, perfeccionado según las leyes del lugar de ejecución, ¿por qué razón volver a referirse a las normas aplicables, cuando ya lo relativo a formación está reglado en un precepto anterior, el Art. 14? Si algo manifiestan estas expresiones reiterativas del Art. 297 es que, salvo lo relativo a capacidad y formas, todo lo demás se halla regido por la ley del lugar de ejecución⁹⁶.

95. El Art. 687 dispone: “Los contratos entre ausentes se juzgarán celebrados en el lugar en que se formula la oferta”. Para las formas, la regla es que regirá el derecho del lugar de la celebración, salvo que las del Código Civil sean más favorables a la validez del acto (Arts. 23 y 669 del Código Civil). Soluciones parecidas han dividido a la doctrina argentina con respecto a si la referencia se hace a toda clase de formas, o solo a las probatorias, excluyendo a las solemnes (en el derecho paraguayo SILVA ALONSO y RUIZ DÍAZ LABRANO se adhieren a este criterio – R. SILVA ALONSO (nota 86), pp. 103-104; R. RUIZ DÍAZ LABRANO, “La ley aplicable y jurisdicción competente en materia contractual”, en: C. A. Soto (dir.), *Tratado de la Intepreación del Contrato en América Latina*, t. II, Perú, Grijley, 2007, pp. 1532-1533). Apoya esta posición lo estatuido por el Art. 14 *in fine* del Código Civil, conforme al cual las formas sustanciales de los actos a ser cumplidos en la República son regidas por el Código Civil (SILVA ALONSO cita como ejemplo las normas del Código Civil paraguayo que rigen los testamentos ológrafos [p. 104]). Debe tenerse en cuenta que el principio del *favor negotii* surge de la combinación del Art. 22 del Código, según el cual no se aplicarán las leyes extranjeras cuando las normas de este Código sean más favorables a la validez de los actos, combinado con el Art. 712, que aboga por una interpretación contractual a favor de la validez del acto (R. RUIZ DÍAZ LABRANO, *Derecho Internacional Privado*, Asunción, Editorial La Ley paraguaya, 2010). En cuanto a los contratos celebrados afuera que versen sobre inmuebles situados en la República, según el Art. 24 del Código Civil “*serán válidos siempre que consten de instrumentos públicos debidamente legalizados, y solo producirán efectos una vez que se los haya protocolizado por orden de juez competente e inscripto en el registro público*”. Según el Art. 23, los actos otorgados en el extranjero ante los funcionarios diplomáticos o consulares competentes, deben sujetarse a las prescripciones de forma contenidas en el Código Civil.

96. R. SILVA ALONSO (nota 86), pp. 108-109.

En la misma línea, expresa RUIZ DÍAZ LABRANO que se “introduce así una contraposición respecto de la ley llamada a regir la formación y prueba, que salvo las normas imperativas y de orden público, debieran ser regidas por la ley del lugar de celebración. Si la disposición está referida al objeto a ser cumplido en la República, se entiende, conforme al artículo 14, que la validez o nulidad sean regidas por nuestro Código. Entendemos que la disposición simplemente debió referirse a que los efectos del objeto a ser cumplidos en la República son regidos por nuestro Código Civil”⁹⁷.

No se reconoce jurisprudencia que haya hecho aplicación de las normas del Código Civil que estamos comentando.

Amén de las severas inconsistencias en el texto, reflejadas en los párrafos antecedentes, la doctrina actual formula importantes cuestionamientos a la solución de pretender localizar el contrato internacional en “el lugar de cumplimiento”, recibida por los Tratados de Montevideo y trasladada de allí al Código Civil Paraguayo. Ya veremos cuán inaceptable resulta este sistema. También destacaremos que el Paraguay ha adoptado instrumentos que habilitan a la búsqueda de soluciones equitativas, flexibles o apropiadas, que deben entrar a tallar en la interpretación y hasta operar como correctivo al sistema de origen montevideano.

VIII. El debate sobre la autonomía de la voluntad en el Paraguay

Conforme a lo adelantado, no existe claridad con respecto a la solución del Código Civil en materia de autonomía de la voluntad.

SILVA ALONSO, uno de los miembros de la Comisión de Codificación que trabajó activamente en la elaboración del mismo, sostiene que el principio se encuentra admitido, y que ello surge de su art. 715. Dicha norma –en lo pertinente– dispone que “las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma...”⁹⁸. Señala también SILVA ALONSO: “Si las partes pueden optar por el lugar de celebración de los contratos y de su cumplimiento, ¿por qué habría de pensarse que la ley paraguaya pondría obstáculos a la elección de una legislación extranjera para regir un contrato a cumplirse en el Paraguay si esa legislación nada tiene que afecte ni el orden público ni las buenas costumbres en nuestro país?”.

97. R. RUIZ DÍAZ LABRANO, “La ley aplicable y jurisdicción competente en materia contractual” (nota 95), pp. 1538-1539.

98. R. SILVA ALONSO (nota 86), pp. 136-137.

En líneas parecidas se pronuncia RUIZ DÍAZ LABRANO, quien invoca además la norma del art. 669 del Código Civil, conforme a la cual los interesados pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos, en tanto no controviertan disposiciones imperativas.⁹⁹ En un trabajo más reciente, RUIZ DÍAZ LABRANO agrega la invocación al art. 301 según el cual “los actos jurídicos producen el efecto declarado por las partes, el virtualmente comprendido en ellos y el que les asigne la ley”¹⁰⁰.

Desde la otra vereda —en la que se encuentran DÍAZ DELGADO Y PISANO—, se ha sostenido que esta norma del art. 669, así como la del art. 715 (de que cuanto se acuerde en los contratos constituye regla para las partes), son disposiciones encaminadas a regular contratos puramente internos, y no se extienden a la contratación internacional. Se basa esta interpretación en el art. 17 del Código Civil, inspirado a su vez en los Tratados de Derecho Civil de Montevideo, en que —según se aduce— se habría descartado la autonomía de la voluntad. Entre otras argumentaciones, también se invoca la regla del art. 297 del Código Civil, cuya redacción, confusa, por cierto, llevaría —se dice— a esta conclusión¹⁰¹.

En una obra brasileña, ARAÚJO invoca argumentos parecidos, y concluye que no le parece que las actuales “*regras paraguaias*” permitan a las partes escoger el derecho aplicable, aunque señala que en ausencia de manifestación jurisprudencial al respecto, no se puede decir que el asunto esté enteramente pacificado¹⁰².

También desde el extranjero, ALBORNOZ hace notar que el Art. 715 del Código Civil Paraguayo se inspira en el Art. 1197 del Código Civil Argentino, cuya fuente es, a la vez, el Código Civil Francés, países en los cuales la doctrina considera a la norma autonomista como de derecho interno y no como aplicable a los contratos internacionales. No lo dice abiertamente, pero invoca a BOGGIANO y la interpretación extensiva del Código de Vélez, que hace gozar de general aceptación en la Argentina la admisión del principio autonomista¹⁰³, lo que debería llevar al mismo resultado en

99. R. RUIZ DÍAZ LABRANO, “La ley aplicable y jurisdicción competente en materia contractual” (nota 95), pp. 1509 y ss.

100. R. RUIZ DÍAZ LABRANO, *Derecho Internacional Privado* (nota 95), p. 665.

101. Puede verse al respecto, enfatizándose en distintos matices, las contribuciones de R. DÍAZ DELGADO, “El derecho aplicable al fondo del contrato con cláusula de arbitraje”, en J. A. Moreno Rodríguez (coord.), *Arbitraje y Mediación*, Asunción, Intercontinental Editora, 2003, pp. 223 y ss.; y B. PISANO, “La autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado Paraguayo”, en *Revista Jurídica La Ley Paraguaya*, Año 32, nº 1, Febrero 2009, pp. 1 y ss.

102. N. de ARAÚJO, *Contratos Internacionales*, 4ª edición, Río de Janeiro, Editorial Renovar, 2009, pp. 89-90.

103. Citado en M. M. ALBORNOZ, “El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales entre los



el Paraguay. Sí señala expresamente ALBORNOZ que el Paraguay ha adoptado instrumentos favorables a la admisión del principio, como la ley de arbitraje y los Acuerdos de Arbitraje del MERCOSUR¹⁰⁴. Como bien lo destaca, la ratificación de tratados favorable a la autonomía de la voluntad erosiona la resistencia al principio¹⁰⁵, aunque es necesario reconocer que un cambio de mentalidad en jueces y legisladores para aceptar la elección del derecho en contratos internacionales tomará todavía algunos años¹⁰⁶.

Tajantemente, los juristas uruguayos HARGAIN y MIHALI, de la combinación del Art. 297 con la del Art. 669 del Código Civil Paraguayo, sostienen que el principio de la autonomía de la voluntad está consagrado en el derecho paraguayo¹⁰⁷.

Por mi parte, me he expedido en diversas ocasiones de manera favorable a la admisión del principio, en general, en el Paraguay¹⁰⁸, agregando aquí a los argumentos de quienes así lo consideran, otros expuestos a continuación.

→ Estados del Mercosur”, publicado en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLII, nº 125, mayo-agosto de 2009, accesible en la página <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/125/art/art3.pdf> y <http://asadip.wordpress.com/2009/10/16/el-derecho-aplicable-a-los-contratos-internacionales-entre-los-estados-del-mercosur>, la nota al pie de la página 646 (Últimos accesos: 4 de marzo de 2010).

104. M. M. ALBORNOZ (nota 103), pp. 646 a 648.

105. M. M. ALBORNOZ, “Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems”, en *Journal of Private International Law*, Vol. 6, nº 1, Hart Publishing, Oxford, 2010, p. 58.

106. M. M. ALBORNOZ (nota 105), p. 24.

107. J. A. MORENO RODRÍGUEZ, en la obra de C. Esplugues / D. Hargain (coords.), *Derecho del Comercio Internacional, MERCOSUR-Unión Europea*, Madrid y otras, Editoriales Reus y Bdef, 2005, p. 304. No concuerda ARAÚJO con esta posición de HARGAIN y MIHALI (N. de ARAÚJO (nota 102), pp. 88-89). Para la misma, es claro que la referencia del Art. 669 del Código Civil Paraguayo es al contrato como un todo y no a las especies de contratos internos e internacionales. Señala que esta es la confusión que existe entre civilistas, que siempre ven a la autonomía de la voluntad desde el punto de vista de los límites del contenido del contrato, y los especialistas del Derecho internacional privado, para los cuales la autonomía de la voluntad es la facultad de escoger el derecho aplicable al contrato, actuando como una regla de conexión autónoma, sin cuidar, en ese momento, de los límites del contenido de aquello que las partes pueden acordar en el contrato (N. de ARAÚJO (nota 102), p. 89).

108. J. A. MORENO RODRÍGUEZ en C. ESPLUGUES MOTA / D. HARGAIN / G. PALAO MORENO (dirs.), (nota 84); J. A. MORENO RODRÍGUEZ, en C. Esplugues Mota, *Temas: Régimen Jurídico del Comercio Exterior, Contratación en el MERCOSUR y Compraventa Internacional de Mercaderías*, Madrid, B de F y Reus, 2005; J. A. MORENO RODRÍGUEZ, *Arbitration in Paraguay* (nota 24). J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “El Arbitraje Comercial Internacional en Paraguay: Marco Legal y Jurisprudencial” (nota 24), pp. 571 y ss.

IX. ¿Una interpretación literal o hacia atrás (centrándose en las fuentes)?

Negando la consagración en el Paraguay de la autonomía de la voluntad en materia de Derecho internacional privado, expresa PISANO: "Es a través de una interpretación literal e histórica de las normas vigentes, que me permito finalmente concluir el rechazo a la autonomía de la voluntad"¹⁰⁹. Para concluir en igual sentido negatorio, también se basa en esa literalidad y sobre todo en invocación de las fuentes (los Tratados de Montevideo) DÍAZ DELGADO¹¹⁰.

Como la literalidad puede llevar a una solución u otra (según se ve en los argumentos enfrentados en las dos veredas), en el fondo estas posturas contrarias a la admisión del principio autonomista, se limitan a concentrarse en su lectura de las fuentes del Código Civil, particularmente las normas montevideanas. Con ello, desatienden no solo todo el marco constitucional, convencional y legislativo reinante en el Paraguay, que habilita a avanzar un sinfín de razones para que el intérprete vaya en sintonía con el mismo, sino –sobre todo– se apoyan en lo más endeble. Ello porque el efecto útil que puede surgir de la interpretación de estos tratados es limitadísimo, con lo cual los argumentos que se amparan ciegamente en lo que de ellos supuestamente se deriva, quedan sin mayor sustento.

En efecto, como lo venimos señalando reiteradamente en otras contribuciones, además de las dudas que generan sobre la autonomía de la voluntad¹¹¹, los Tratados de Montevideo adolecen de severas inconsistencias, al establecer la regla del lugar de cumplimiento¹¹².

Esta solución tropieza, desde el vamos, con el problema de que su fórmula apuntaba a aplicarse a contratos cuya ejecución ocurriera en un solo Estado. Además, muchas veces dicho lugar no resulta conocido al momento de la celebración o puede variar con posterioridad. Por otra parte, la realidad comercial nos trae un sinnúmero de situaciones no resueltas por la fórmula del lugar de cumplimiento. Por ejemplo, cuando la cosa vendida no existe al momento de contratar, ¿cómo determinar qué regulación se aplicará mientras esté pendiente la ejecución del acuerdo hasta la entrega final de la misma?

109. B. PISANO (nota 101), p. 8.

110. R. DÍAZ DELGADO (nota 101).

111. J. MORENO RODRÍGUEZ (nota 1).

112. Artículo 37.

En la búsqueda de responder a los interrogantes generados, el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940 ha establecido presunciones o criterios localizadores acerca de qué debe entenderse en cada caso por tal (artículo 38)¹¹³. Existe, empero, consenso mayoritario de que el objetivo no ha sido logrado. Las soluciones del tratado han llegado a ser calificadas como “verdaderas entelequias del legislador internacional” que, en vez de proporcionar soluciones a la realidad fáctica de los negocios, acarrear mayores dudas al intérprete que las ya generadas por el deficiente sistema de los tratados¹¹⁴.

Por lo demás, el artículo 40 del Tratado de Derecho Civil de 1940 hace aplicable el derecho del lugar de celebración a los contratos en que no pueda determinarse, al momento de su formación, el lugar de cumplimiento, solución que en definitiva representa –en palabras de GOLDSCHMIDT– una “declaración general de bancarrota” de la tesis de SAVIGNY¹¹⁵.

De hecho, los problemas del planteo savigniano son insalvables. Se apunta a “localizar” el contrato en base a un factor objetivo de conexión, o “lugar de cumpli-

-
113. Artículo 38. La primera regla dispone: “Los contratos sobre cosas ciertas e individualizadas se rigen por la ley del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración”. Esta conexión normalmente no se compaginará con el cumplimiento, si se considera como tal la entrega de la cosa del contrato. Se prevé también que los contratos “sobre cosas determinadas por su género” y “referentes a cosas fungibles” se regulan por ley del domicilio del deudor al momento en que fueron celebrados. En los contratos de prestación de servicios, se diferencian: a) si recaen sobre cosas, se aplica la ley del lugar en donde ellas existían al tiempo de su celebración; b) si su eficacia se relaciona con algún lugar especial, se regirán por la ley en donde se producirán los efectos; y c) en los demás casos, tendrá virtualidad la ley del domicilio del deudor al tiempo de su celebración.
114. D. HARGAIN / G. MIHALI, *Régimen Jurídico de la Contratación Mercantil Internacional en el MERCOSUR*, Montevideo / Buenos Aires, Julio César Faira Editor, 1993, pp. 31-39. En varias de las excepciones, el derecho del lugar de celebración tiene gran importancia en un sistema que postula la del lugar de ejecución. Ello obedece a que se pretendió seguir el ideal savigniano de la unidad de la relación jurídica, la que debería regirse desde su inicio hasta su agotamiento por un solo derecho sustantivo o material. Pero, ¿cómo podía determinarse el lugar de cumplimiento si la cosa cierta y determinada no estaba indicada en el contrato original, o si había una modificación posterior por acuerdo de partes? De allí que se hayan planteado serias dudas –incluso jurisprudenciales– relativas a estas soluciones de Montevideo, por la contradicción inherente en ellas (C. FRESNEDO DE AGUIRRE / R. HERBERT, “Flexibilización Teleológica del Derecho Internacional Privado Latinoamericano”, en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 69-70).
115. W. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, Octava Edición, Reimpresión, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1997, p. 396.

miento”, que es la “sede” o el “asiento” de la obligación a que aludía SAVIGNY. Sin embargo, está visto que normalmente los contratos internacionales y las obligaciones que de ellos derivan, tienen más de un lugar de cumplimiento. Se vuelve así imposible determinar cuál derecho se aplica, salvo que se elija una prestación determinada o “característica” y su correspondiente lugar de cumplimiento, tal cual lo propuso, hace ya varios años, SCHNITZER en Europa, teoría que también, en su aplicación práctica, ha generado divergencias, con respecto –por ejemplo– a si se refiere al lugar físico de cumplimiento, o al domicilio, la residencia habitual o establecimiento del deudor de la prestación característica¹¹⁶.

En definitiva, el régimen de los Tratados de Montevideo resulta altamente insatisfactorio, por lo que no es de extrañar que, quienes se detuvieron a analizarlos en profundidad, se quejen de sus severas inconsistencias¹¹⁷. Deviene, pues, altamente cuestionable cualquier interpretación del derecho paraguayo cuyas soluciones pretendan hacerse inteligibles a la luz de ellos.

X. Una interpretación acorde con el escenario cosmopolita paraguayo

1. Un derecho internacionalista en materia de contratación

SÁNCHEZ MUSSI hace notar el “perfil internacionalista” del sistema paraguayo, tomando como base un meticuloso estudio de una Consultoría hecha bajo el auspicio de la Asociación Latinoamericana de Integración, junto con el Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP)¹¹⁸, y luego de un repaso de diversos cuerpos normativos que afectan a la contratación y al derecho comercial internacional¹¹⁹.

No puedo sino coincidir totalmente con esta apreciación.

116. En la Argentina, ver M. B. NOODT TAQUELA, “Reglamentación general de los contratos internacionales en los Estados mercosureños”, en D. P. Fernández Arroyo (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Buenos Aires, Zavalía Editor, 2003, p. 1008).

117. Ver D. P. FERNÁNDEZ ARROYO / C. FRESNEDO DE AGUIRRE, “Obligaciones contractuales: aspectos generales”, en D. P. Fernández Arroyo (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Buenos Aires, Zavalía Editor, 2003, p. 949.

118. Informe de la Consultoría ALADI-CEDEP, a cuyo extracto se puede acceder a través del sitio www.chedep.org.py/informeALADI.

119. A. SÁNCHEZ MUSSI, “Derecho internacional privado del Paraguay”, en *Derecho internacional privado americano actual, Jornadas de la ASADIP 2008*, México, Editorial Porrúa, 2010, pp. 121 y ss.

Está visto a lo largo de esta contribución que tanto el marco constitucional, como el convencional e incluso el legislativo se muestran –en general– cosmopolitas, al sumarse el Paraguay a la comunidad internacional y adoptar sus principios, al admitirse un orden supranacional, al aceptarse principios, usos y costumbres internacionales, al reconocerse el arbitraje internacional y la autonomía de la voluntad consecuyente y al apuntarse a la búsqueda de soluciones no rígidas, sino razonables, flexibles, acordes con los requerimientos de justicia del caso particular.

Por otra parte, es sabido que en el derecho comparado las normas que afectan a la contratación, contenidas en cuerpos legales como Códigos Civiles, de Comercio, o convenciones internacionales como la de compraventa, son por lo general supletorias o dispositivas; es decir, pueden ser dejadas de lado por la voluntad de las partes. En principio, estas son libres para determinar el contenido de sus acuerdos, según o de manera contraria a las normas que le oferta el sistema jurídico. Solo excepcionalmente –en términos comparativos– se encuentra uno ante normas o principios imperativos o de orden público, y que como tales deben indefectiblemente regir en la vinculación contractual a la que afecten, puesto que no pueden ser dejados de lado por las partes.

Si uno interpreta –lo que de por sí está en duda– que las normas del Código Civil Paraguayo indican el derecho aplicable a la contratación internacional, la pregunta es, entonces: ¿estas normas son imperativas, o meramente supletorias y como tales dispositivas por las partes? Ello nos obliga a detenernos en el problema del orden público y su relación con el marco normativo paraguayo.

2. Aproximación a la idea del orden público

En general, los principios de orden público son aquellos que inspiran un ordenamiento jurídico determinado, reflejando los valores esenciales de una sociedad en un momento dado¹²⁰. La idea general –observa CARBONNIER– responde a una supre-

120. Es sabido que en el derecho comparado, la problemática del orden público o de lo imperativo en general fácilmente se presta a confusión, debido en parte a la disparidad terminológica en la cuestión, en un tema en que se influyen recíprocamente diversas doctrinas anglosajonas y del derecho civil continental europeo, con sus nomenclaturas propias, a lo cual cabe agregar las divergencias existentes, incluso dentro de los distintos derechos nacionales entre sí. Me remito aquí a mi trabajo: "Orden Público y arbitraje: Algunos llamativos pronunciamientos recientes en Europa y el MERCOSUR", Asunción, La Ley Paraguaya, 06/09/2007, 679 y también en "Orden Público y Arbitraje", *Revista Electrónica Lima*



macía de la sociedad sobre el individuo, y el orden público traduce la voluntad comunitaria, amenazada por determinadas iniciativas individuales en forma de contrato. Trátase, en suma, de un mecanismo mediante el cual el Estado reprime las convenciones particulares que puedan atentar contra sus intereses esenciales¹²¹.

A veces se persigue solo resguardar ciertos intereses monetarios del Estado, como ocurre con las regulaciones de control de cambios o restricciones de transferencias. En otras ocasiones se busca salvaguardar intereses vitales de un Estado y el bienestar de su gente, o se anhela proteger el funcionamiento de un mercado efectivo a través de la libre competencia¹²². Ello puede responder a un fuerte interés político o guardar relación general con las políticas públicas de un país¹²³, tanto para la consecución de objetivos sociales y económicos (y aquí se habla de un orden público "de dirección" y de "coordinación") como para el resguardo de partes consideradas débiles y por ende necesitadas de tutela (aquí se habla de orden público "de protección"), tal cual ocurre, por ejemplo, con trabajadores y consumidores y –en algunos países– agentes y distribuidores.

Particularmente en Derecho internacional privado, suelen atribuirse dos aspectos al orden público: uno, negativo, constituye su aplicación como correctivo a normas indirectas o "de conflicto", en caso que la solución emergente de ellas viole postulados básicos del foro juzgador. El otro, positivo, está representado por las

→ *Arbitration*, 2007 (http://www.limaarbitration.net/LAR2/jose_antonio_moreno_rodriguez.pdf) (último acceso: 2 de marzo de 2010), incluido además en la *Revista Foro de Derecho Mercantil*, nº 20, Bogotá, 2008 y en la obra J. Oviedo Albán (coord.), *Derecho Comercial en el Siglo XXI*, Bogotá, Editorial Temis, Universidad de la Sabana, 2008 y en J. A. MORENO RODRÍGUEZ, *Contratación y Arbitraje*, Asunción, CEDEP, 2010.

121. J. CARBONNIER, *Derecho Civil*, T. II, Vol. II, Traducción por Manuel M. Zorrilla Ruiz, Barcelona, Editorial Bosch, 1971, p. 266. CAIVANO lo entiende como el conjunto, no de normas, sino de principios fundamentales sobre los que se asienta el ordenamiento jurídico del foro, los denominados principios de "moralidad y justicia", de "justicia universal" o de "*natural justice*", inspiradores de ese ordenamiento. Se trata de normas imperativas locales, que no pueden dejarse de lado o derogarse por la voluntad de las partes (R. J. CAIVANO, "Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros", en A. N. Pucci (coord.), *Arbitragem Comercial Internacional*, São Paulo, Editorial LTr, 1998, p. 156).

122. Ver A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Convenio de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de 19 de junio de 1980", en A. L. Calvo Caravaca / L. Fernández de la Gándara (dirs.), *Contratos Internacionales*, Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1997, p. 42).

123. Conforme lo resalta BLESSING (ver M. BLESSING, "Choice of substantive law in international arbitration", *Kluwer CD*, después de la nota 15).

normas “directas” con que cuenta cada sistema jurídico, que de buenas a primeras no admiten la aplicación de otro derecho que no sea el propio. En este sentido, coincide con la noción de “normas imperativas” o “leyes de policía” en la nomenclatura francesa¹²⁴.

3. El orden público en el Derecho internacional privado paraguayo

Los dos aspectos se hallan contemplados en el Paraguay. En general, el orden público o lo imperativo como límite a la autonomía se encuentra previsto en diversas normas del Código Civil, como el Art. 669 que habla de “normas imperativas”, en tanto que el Art. 9º alude a la observancia al *orden público y las buenas costumbres*¹²⁵, y el art. 299, inc. c) de *moral y buenas costumbres*¹²⁶. El Art. 22, por su parte, incorpora la figura de la aplicación de oficio de las leyes extranjeras por parte de jueces y tribunales, salvo que se contrapongan a normas imperativas o sean desfavorables a la validez de los actos¹²⁷.

El aspecto negativo o correctivo del orden público está, pues, claramente contemplado en el derecho paraguayo.

-
124. La noción de las “leyes de aplicación inmediata” es –para quienes la adoptan– cercana a la de leyes de policía, en el sentido de que se trata de reglas materiales o sustantivas cuyo propósito principal constituye aplicarse directamente a transacciones internacionales. Las diferenciaría que no son originalmente normas locales que en casos específicos requieren aplicación extraterritorial, sino reglas destinadas a su aplicación directa a casos internacionales.
125. Dicho artículo dispone: “Los actos jurídicos no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público o las buenas costumbres”.
126. El Art. 299 del Código Civil faculta al juez a anular los actos jurídicos “contrarios a la moral y a las buenas costumbres, o que perjudiquen los derechos de terceros”. ¿Pueden asimilarse estos términos? La respuesta afirmativa se impone. No caben dudas de que dentro del concepto de moral se comprende también el de buenas costumbres. Los dos no pueden ser divorciados, y se situarían, a su vez, dentro del *orden público*, según surge de lo dispuesto por el art. 9º del Código Civil. Conf. E. BUSSO, *Código Civil Anotado*, T. I, Buenos Aires, p. 217; J. A. MORENO RUFFINELLI, *Derecho Civil I, Parte General, De las Personas*, Asunción, p. 75. Hay que decir, sin embargo, que ORGAZ los deslinda, objetivando el orden público y subjetivando la moral y las buenas costumbres, en que hay que indagar más bien el fuero íntimo (A. ORGAZ, *Hechos y Actos o Negocios Jurídicos*, Buenos Aires, Zavallía, 1973, pp. 63 y ss).
127. El Art. 22 del Código Civil dispone que “los jueces y tribunales aplicarán de oficio las leyes extranjeras, siempre que no se opongan a las instituciones políticas, las leyes de orden público, la moral y las buenas costumbres”.

También ocurre lo propio con el aspecto positivo de norma imperativa directamente aplicable a una vinculación internacional. Un ejemplo de ley de aplicación inmediata —o de policía— a vinculaciones internacionales es el de la Ley n° 194 de 1993, de agencia, representación y distribución, que en su Art. 9° prevé: “Las partes pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos, sujetos a las disposiciones del Código Civil, pero sin que en forma alguna puedan renunciar a derechos reconocidos por la presente Ley”. Sin emplear la terminología antedicha, y utilizando en su lugar la de “orden público”, la Corte Suprema de Justicia del Paraguay ha hecho prevalecer esta disposición por sobre el acuerdo de partes en un caso que llegó a dicha instancia de decisión¹²⁸.

Otra cuestión que ha suscitado controversia en la aplicación de esta Ley n° 194 es la obligación de someterse a la jurisdicción de los tribunales paraguayos (art. 10). A través del Acuerdo y Sentencia n° 827 del 12 de noviembre de 2001, la Corte Suprema sostuvo con respecto a dicho Art. 10, que “constituye una garantía para las partes a fin de que la cuestión que se suscitare se pueda discutir en el lugar de la ejecución del contrato. Nada más lógico y justo... el Estado, al promulgar la ley, interviene en esta relación señalando reglas precisas a las cuales deben ajustarse las partes”.

128. Acuerdo y Sentencia n° 827 de la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, caso “*Electra Amambay SRL vs. Compañía Antártica Paulista Ind. Brasileira de Bebidas*”, 12 de noviembre de 2001. A nivel del MERCOSUR, en el caso paraguayo “Norte S.A. Importación-Exportación contra Laboratorios Northia SACIFIA sobre indemnización de daños y perjuicios y lucro cesante”, se pidió una opinión consultiva al Tribunal Permanente de Revisión del bloque. A través de la Opinión Consultiva n° 1 de 2007, se señaló que “las normas imperativas corresponden fundamentalmente a dos órdenes de intereses que se pretenden resguardar. Por un lado, el llamado orden público de dirección, es decir, la potestad que tiene el Estado de intervenir en cuestiones que afecten su soberanía o accionar económico, como ocurre con regulaciones relativas a la moneda o a defensa de la competencia, por citar ejemplos. Y, por otro lado, el llamado orden público de protección, que cada Estado lo establece y regula normalmente para salvaguardar derechos de partes débiles en la contratación, como por ejemplo los consumidores. Esta protección se establece en el entendimiento de que hay supuestos en que la contratación no es fruto de la libre voluntad sino de otros factores... En definitiva, depende de cada Estado el alcance de su orden público de dirección o protección como límites excepcionales a la autonomía de la voluntad. Se dijo finalmente en la Opinión Consultiva que, en su caso, los abusos o las violaciones en concreto a normas o principios de tinte imperativo, serán objeto de juzgamiento de parte del juzgador nacional interviniente”. Como la consulta no es vinculante, actualmente, la resolución del caso está pendiente ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Esta norma del art. 10 permite también el arbitraje, y otra discusión se planteó con respecto a si el mismo puede llevarse a cabo en el extranjero, con la posibilidad de que los árbitros no apliquen la ley paraguaya. Por Acuerdo y Sentencia n° 285 del 25 de mayo de 2006¹²⁹, la Corte Suprema hizo lugar a la acción de inconstitucionalidad en la que se discutió el alcance del art. 10. Dicha norma habilita el arbitraje, y el debate se centró entonces en si el mismo puede llevarse a cabo en el extranjero, con la posibilidad de que los árbitros no apliquen la ley paraguaya. La Corte no denegó que cuestiones como esta pudieran ser sometidas a arbitraje, pero se desprende del fallo que, dado el carácter de orden público de la Ley n° 194, el mismo debería, en su caso, llevarse adelante con sede en el Paraguay. Ello con el evidente fin de que pudiera existir un escrutinio ulterior de la Corte Suprema local con respecto a la observancia en el laudo de la normativa imperativa paraguaya, llegado el caso.

El caso *Gunder* contiene un ingrediente adicional muy importante, cual es el expreso pacto que hicieron las partes de que los eventuales árbitros en Corea deberían, como derecho aplicable, recurrir al sistema jurídico de aquel país. Con ello, quedaba evidente que se estaba intentando evadir fraudulentamente la ley imperativa aplicable. En esta línea, en Europa, un pronunciamiento del *Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas* de 1998 (*Ingmar GB Ltd contra Eaton Leonard Technologies Inc.*)¹³⁰ impidió que se evadiera fraudulentamente una disposición imperativa recurriéndose a otro derecho aplicable. Ello con respecto a la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986 (relativa a la coordinación de derechos de los Estados Miembros concernientes a los agentes comerciales independientes). Se expresó allí que resulta esencial para el ordenamiento jurídico comunitario que un empresario establecido en un país tercero, cuyo agente comercial ejerce su actividad dentro de la Comunidad, no pueda eludir las citadas disposiciones mediante el simple juego de una cláusula de elección de la ley aplicable.

En lo que respecta a jurisdicción, y directamente relacionados al arbitraje, existen precedentes en Bélgica en línea con lo sostenido por la Corte Suprema de Paraguay. Como es sabido, dicho país europeo se muestra, por regla, ampliamente liberal a favor del arbitraje. Sin embargo, esta laxitud no rige en los contratos de distribución, porque allí la ley belga de 1961 presume –como lo hace la ley paragua-

129. Dictado en el juicio: "Acción de Inconstitucionalidad" en el juicio: *Gunder ICOSA c/ KIA Motors Corporation s/ indemnización de daños y perjuicios*. Expediente año 2004 – n° 3804. Esto lo confirmó la 1ª Sala, por Auto Interlocutorio N° 365 de 2010.

130. Asunto. C-381/98.

ya arriba referida— una voluntad no libre del distribuidor. Consecuentemente, la interpretación prevaleciente es permitir el arbitraje siempre que los árbitros vayan a aplicar la ley belga. Y así lo entendió la *Corte de Casación Belga* en un importante pronunciamiento del año 2004. La Corte falló que si la cláusula de arbitraje somete este tipo de contiendas a un derecho extranjero, la autoridad judicial belga puede excluir la posibilidad del arbitraje cuando permitirlo sería una violación de su derecho y orden jurídico. Ello fue reafirmado en un fallo del año 2006¹³¹.

4. Orden público internacional

Además, la ley de arbitraje ha introducido la expresión “orden público internacional”, en sus Arts. 40 y 46, inciso 5, b. Es el único cuerpo normativo en el Paraguay que adopta esta terminología¹³². Volveremos a esta ley más adelante.

Hace notar LALIVE que en el derecho local el concepto de orden público se refiere a normas imperativas que las partes no pueden derogar; en tanto que en el Derecho internacional privado el concepto es, por necesidad, uno diferente. En muchos países, una norma imperativa doméstica no necesariamente prevalece en cuestiones internacionales¹³³.

131. Decisiones n° JC04AF2 del año 2004 y n° JC06BG5_1 de 2006).

132. A pesar de que la doctrina no la desconocía. SILVA ALONSO, por ejemplo, en las deliberaciones previas a la convención indicada más abajo, hablaba de un necesario respeto a “las exigencias del orden público internacional” (citado en G. PARRA-ARANGUREN, “La Contribución del Profesor Arthur von Mehren a la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP II), Montevideo 1979”, en *Justice in a Multistate World, Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, New York, Transnational Publishers Inc., 2002, p. 360).

133. P. LALIVE, “Transnational (or Truly International) Public Order and International Arbitration”, Commentary – Full Section, *ICCA Congress Series*, n° 3, New York, 1986, después de la nota 7. Esto se desprende claramente del caso *Messageries Maritimes*, resuelto por la Corte de Casación francesa en el año 1950. Se trató de un préstamo en dólares-oro canadienses de una compañía francesa a *Messageries Maritimes*, la que intentó pagar a sus tenedores de bono con dólares de papel, conforme a la ley canadiense entrada en vigor luego de la fecha de la deuda. Dicha ley devaluó el dólar y prohibió cláusulas-oro, sin distinguir entre pagos internos e internacionales. La Corte de Casación la ignoró y pronunció que las partes podían acordar, aun contra normas imperativas de derecho interno gobernando el contrato, una cláusula-oro válida bajo el derecho francés, “de conformidad con el sentido francés del orden público internacional”. El caso creó así una nueva regla, la de validez de las cláusulas-oro en contratos internacionales, diferente a la regla francesa aplicable a pagos domésticos. Surgió, pues, dentro del derecho doméstico francés una suerte de *ius gentium*, paralelo al derecho común doméstico (P. LALIVE, obra citada, después de la nota 55).

De manera emblemática, en los Estados Unidos la combinación de tres *leading cases* de la Corte Suprema dejan patente la distinción entre orden público interno e internacional. En *The Bremen v. Zapata Offshore Co.* de 1972, se dejó sentado que el derecho doméstico no prevalecería sobre los requerimientos del comercio internacional; en *Scherk v. Alberto-Culver Co.* de 1974, se reconoció la validez de la cláusula arbitral, atendiendo el carácter internacional del contrato, y excluyendo así restricciones impuestas por la normativa bursátil (*Securities Exchange Act*) en cuanto a arbitrabilidad; y en *Mitsubishi Motor Corp. v. Soles Chrysler-Plymouth Inc.*, de 1985, se decidió que la no arbitrabilidad en materia de defensa de la competencia no se extiende a contratos internacionales¹³⁴.

En estos casos –destaca LALIVE–, normas domésticas imperativas son dejadas de lado en relaciones internacionales, de una manera que *prima facie* se parece al rechazo del derecho internacional normalmente aplicable por el orden público del foro, pero de hecho hay mayor analogía con la intervención positiva del orden público. Ello porque en vez de imponer –como ocurre comúnmente– una norma imperativa de derecho doméstico a situaciones internacionales, permite y de hecho requiere la aplicación y creación de una regla sustantiva adaptada a las necesidades y el contexto del comercio internacional. De allí la conclusión de que el rol del orden público internacional puede ser también permitir que el Estado del foro imponga sus puntos de vista en situaciones internacionales, pues el interés nacional puede consistir a veces que se tomen en cuenta y se satisfagan intereses y necesidades del comercio transfronterizo, en sentido amplio, dejando de lado reglas del derecho local que han sido elaboradas e impuestas para situaciones domésticas¹³⁵.

En materia específica de arbitraje, cuando los árbitros consideran no encontrarse atados por reglas específicas de un foro¹³⁶, o derechos nacionales, a veces optan directamente por aplicar el derecho transnacional (o principios internacionalmente reconocidos, o *lex mercatoria*), que a su vez acarrea consigo un orden público independiente a los derechos nacionales¹³⁷. Este orden público internacional

134. P. LALIVE (nota 132), después de la nota 57. Otros casos más recientes así lo confirman (*Shearson/American Express, Inc. v. McMahon* (1997); *Rodríguez de Quijas v. Shearson/American Express, Inc.* (1989). Ver ILA Interim Report (2000), p. 13.

135. P. LALIVE (nota 132), después de las notas 58 y 59.

136. Ver Y. DERAÏNS, "Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration", *Kluwer CD*, n° 10).

137. Así, Laudo CCI 3267 de 1980 (ver P. LAGARDE, "Public Policy", en *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. 3, Capítulo 11, Tübingen y otras, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) / Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p. 51).

permite a los árbitros sancionar sobornos, tráficos de armas, drogas o personas¹³⁸, independientemente a lo dispuesto por los derechos locales¹³⁹.

Con este orden público internacional o “transnacional” emergente de la praxis arbitral, puede decirse que al lado de la función negativa del orden público, se encuentra la positiva en la que tiende a absorberse aquella. Y así la función principal de orden público en este ámbito pasa a ser directa y positivamente influenciar la decisión del árbitro, cuando están envueltas nociones universales de moralidad contractual o intereses fundamentales del comercio¹⁴⁰.

5. Orden público internacional y la ley paraguaya de arbitraje

Conforme a lo adelantado, esta ley se presta a alguna confusión, al establecer en su Art. 40, como causal de nulidad de un laudo arbitral, la comprobación de parte del tribunal “... que, según la ley paraguaya, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que el laudo es contrario al *orden público internacional del Estado paraguayo*”. Esta norma concuerda con la del art. 46, inciso 5, b), que habla de la impugnación del laudo en estadio de ejecución en algún país distinto al de su dictado.

La confusión proviene de la utilización de las expresiones “orden público internacional” y “o del Estado paraguayo”. Como lo hemos expuesto en otro trabajo, y lo adelantamos desde ya, resulta razonable concluir que, dado el marco cosmopolita paraguayo, ambas expresiones se equiparan¹⁴¹.

La expresión, a secas, de “orden público” la adoptan, además del Código Civil, algunas convenciones ratificadas por el país. Así lo establecen la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias

138. H. VAN HOUTTE, “From a National to a European Public Policy”, en *Justice in a Multistate World, Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, New York, Transnational Publishers Inc., 2002, p. 846.

139. Es emblemático al respecto el Caso de la Cámara de Comercio Internacional n° 1110/1963, en que un solo árbitro decidió que no entendería en la disputa porque fue objeto del contrato un soborno a funcionarios gubernamentales (P. LAGARDE (nota 136), pp. 63-64. En ese caso se declaró sin jurisdicción. El enfoque alternativo es el de invalidar el contrato y decir que no obstante se tiene jurisdicción (caso ICC 2930/1982).

140. P. LALIVE (nota 132), después de la nota 186.

141. Así lo hice notar en mi trabajo: J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “Derecho aplicable, orden público y el régimen arbitral paraguayo”, en *Revista Brasileira de Arbitragem*, n° 3, São Paulo, Coedición de IDB Thompson y el Comité Brasileiro de Arbitragem, 2004.

Arbitrales Extranjeras¹⁴² y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional¹⁴³.

Otros instrumentos más recientes, ratificados por el Paraguay, también emplean estos dos términos, pero agregando el calificativo de “manifiestamente” (para aludir a la contravención del orden público), con lo que implícitamente –según se acepta en el derecho comparado– acogen la noción de “orden público internacional”.¹⁴⁴ Así lo hace la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, Montevideo¹⁴⁵, la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias¹⁴⁶, el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa¹⁴⁷, el Protocolo de Medidas Cautelares¹⁴⁸ y la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado¹⁴⁹.

En definitiva, el arbitraje se consolida con el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de un orden internacional, supranacional o transnacional que le sirve de marco –incluso con raigambre constitucional en el Paraguay–, manifestado no solo en instrumentos normativos de origen estatal, sino en usos, costumbres y principios, muchas veces institucionalizados por entidades privadas o intergubernamentales. Pues bien, precisamente de este derecho universalizado derivan nociones como la de orden público internacional, adoptada por la ley paraguaya de arbitraje; o que la contravención al orden público en transacciones transfronterizas debe ser “manifiesta”, y así lo establecen incluso –está visto– tratados que fueron objeto de ratificación por Paraguay.

La “universalización” se extiende, pues, claramente, a la noción del orden público en el Paraguay.

142. Art. V, 2 b.

143. Art. 5.2.b.

144. Ver, por ejemplo al respecto, M. B. NOODT TAQUELA, “Arbitraje internacional entre particulares en el MERCOSUR”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1996 (Lexis nº 0003/001303), después de la nota 20.

145. Art. 2.h.

146. Art. 17.

147. Art. 20, inciso f.

148. Art. 17.

149. Art. 4.

6. Orden público: recapitulación

En suma: orden público, normas imperativas, orden público internacional... todos estos términos, y otros análogos, de manera indistinta aluden al interés superior que debe hacer prevalecer el juzgador por sobre cualquier estipulación contractual de las partes, lo que requiere de una amplia valoración flexible en cada caso.

Ante el escenario cosmopolita del derecho paraguayo, no queda sino sostener que no habría violación al orden público, o a norma o principio imperativo alguno, por el mero hecho de que las partes hagan uso de la autonomía de la voluntad, para prever una solución que se interprete distinta a la indicada en las normas de conflicto paraguayas, que revisten por tanto el carácter de meramente "supletorias".

Salvo que con ello violenten disposiciones que sí sean "imperativas" (como las de defensa a partes débiles, según surge del ejemplo paraguayo de los contratos de agencia, representación y distribución), pues ellas deben ser ineludiblemente observadas.

XI. Conclusión

A punto de concluir este material, con beneplácito leo que será incluido en este volumen un importantísimo trabajo del Prof. FERNÁNDEZ ARROYO, intitulado "Un derecho comparado para el derecho internacional privado de nuestros días"¹⁵⁰. Recomendando particularmente su lectura y relectura.

Los derechos latinoamericanos en general –y en lo que aquí me ocupa, el paraguayo en particular– son consecuencia de un "festín" con el derecho comparado. No tiene sentido, entonces, que cuando debamos interpretar soluciones dudosas de nuestros sistemas, nos cerremos hacia adentro. Menos aún ante el problema de la autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado, a cuyo respecto, si bien las respuestas del Código Civil plantean interrogantes, ellas deberían quedar claramente despejadas cuando uno observa el impresionante abanico de normas constitucionales, convencionales y legales, que el Paraguay ha incorporado. Estas normas tienen a su vez sus historias, sus doctrinas y su aplicación jurisprudencial

150. D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, "Un derecho comparado para el derecho internacional privado de nuestros días", en *Derecho internacional privado – derecho de la libertad y el respeto mutuo*, biblioteca de derecho de la globalización, t. 4, Asunción, CEDEP, 2010.

en el derecho comparado, por lo que, si alguna duda queda sobre su alcance, ello debe atribuirse a que el cambio jurídico-cultural no ha seguido el mismo ritmo de la transformación normativa, que hoy por hoy –y el fenómeno no se limita al Paraguay, ni mucho menos– viene universalizando las soluciones domésticas, en la búsqueda de un derecho mejor, más justo y equitativo.

En el tema puntual de la contratación transfronteriza a lo que debería apuntarse es, en definitiva, a que las partes obtengan lo que deseen. Cuando se reconoce el contrato, se pretende dar virtualidad a lo pretendido por los contratantes, hasta de manera coercitiva o, al menos, imponiéndose una sanción en caso de incumplimiento. ¿Cómo pretender hacer esto de manera justa, cuando desconocemos la voluntad de las partes? ¿No es mucho más razonable obsesionarse con determinar qué es lo que en definitiva ellas han querido al contratar, cuáles eran sus legítimas expectativas, sus prácticas anteriores entre sí en su caso, o también –de existir–, los usos y costumbres de la actividad comercial concernida, o de la región o incluso del mundo, sobre todo cuando existen principios claramente aceptables internacionalmente en un sentido u otro? ¿No es mucho más sensato, al final, buscar una solución justa al caso, tal cual se viene abogando cada vez con mayor fuerza en el derecho comparado, no solo para casos transfronterizos sino también los domésticos?

Nada mejor que concluir, entonces, citando a nuestra homenajeada Tatiana MAEKELT, cuando decía con sabiduría que “el análisis del derecho comparado demuestra que el antagonismo entre soluciones internacionales e internas está desapareciendo”¹⁵¹.

Habló el oráculo, y nada más me resta agregar.

Descansa en paz, querida maestra.

151. Tatiana B. DE MAEKELT (nota 38), p. 118.