

Lo no mercantil en el derecho internacional privado

Sabine Corneloup¹

Traducción: Carlos Hecker Padilla & Lusitania Villablanca Cerda²

Resumen: El fenómeno de la mercantilización afecta diversas esferas: comercialización de elementos del cuerpo humano, de bienes culturales, del cuerpo de la mujer en el caso de la maternidad subrogada, de la adopción de niños, etc. En el contexto de la mundialización de la economía, el fenómeno es esencialmente internacional. La cuestión que debe responderse es cómo un Estado puede imponer sus valores no mercantiles cuando ellos no son compartidos con otros Estados implicados en la situación jurídica. El derecho internacional privado ofrece ciertos instrumentos, sin embargo, su eficacia como medios de resistencia a la mercantilización es limitada. Por consiguiente, debemos buscar soluciones originales.

Introducción

El derecho internacional privado –como el derecho en general– mantiene una relación ambigua con la mercantilización. *A priori*, el derecho internacional privado se encuentra en una posición neutra frente a la mercantilización. Como “instrumento de gestión del pluralismo jurídico”, según la expresión de Francescakis³, el derecho internacional privado busca encontrar una solución equilibrada para aquellas cuestiones respecto de las cuales los derechos nacionales difieren, a veces, enormemente. Se trata, en suma, de investigar cómo comprender la incorporación de situaciones jurídicas internacionales, relativas

¹ *Sabine Corneloup*: Jurista francesa, Doctor en Derecho, Professeur en la Université de Bourgogne, Miembro del Centre de Recherches sur le Droit des Marchés et des investissements Internationaux (CREDIMI). Contacto: sabine.corneloup@u-bourgogne.fr

² *Carlos Hecker*: Abogado chileno, Magíster en Derecho de los mercados, de los negocios y de la economía, de la Université de Bourgogne, Doctor (c) en Derecho, Teaching Assistant en la misma casa de estudios. Contacto: cahecker@mac.com

Lusitania Villablanca: Abogada chilena, Magíster en Derecho de los mercados, de los negocios y de la economía, de la Université de Bourgogne, Doctora (c) en Derecho en la Université Paris-II Panthéon-Assas. Contacto: lusitania.villablanca@gmail.com

³ V. Ph. FRANCESCAKIS, prefacio de la traducción francesa del manual de Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, París, Dalloz, p. XVI.

a valores considerados por ciertos Estados como no mercantiles. Desde esta perspectiva, resulta conveniente citar el artículo de Bruno Oppetit titulado "Droit du commerce international et valeurs non marchandes"⁴. El autor se preguntó si existen o no valores superiores a los intereses o a las necesidades del comercio internacional, cuya promoción y respeto estén asegurados por el ordenamiento jurídico. El estudio condujo al autor a identificar tres conjuntos de valores, respecto de los cuales se han construido ciertas barreras con el fin de evitar una extensión descontrolada del comercio internacional: la protección de los seres vivos y de las personas; la preservación de la ética y del interés general; el respeto del patrimonio cultural y natural. En conclusión, Oppetit estima que el derecho moderno tiende a instaurar una conciliación, más que una subordinación o una jerarquización, entre los intereses del comercio internacional y los intereses no económicos, entre los valores utilitaristas y los valores extrapatrimoniales.

Esta neutralidad y búsqueda de una conciliación, sin embargo, da cuenta sólo en forma imperfecta de las relaciones que el derecho internacional privado mantiene con la mercantilización. En efecto, es innegable que el derecho internacional privado es, en sí mismo, un vector de la mercantilización, y con mayor precisión, un vector de la mercantilización del derecho. Cada vez que el derecho internacional privado consagra el principio de la autonomía, permite a las partes elegir la ley aplicable o designar el tribunal competente en caso de litigio. ¿No se está de esta forma permitiendo al justiciable su propio "mercado del derecho", al permitírsele buscar la mejor legislación o la mejor jurisdicción? El análisis económico del derecho explica plenamente esta forma de analizar la regla de la autonomía⁵. Ella conduce a considerar el conflicto de ley como una elección de productos legislativos disponibles en un mercado competitivo. En todo caso, el principio de autonomía, inicialmente acotado a los contratos y a los regímenes matrimoniales, conoce hoy por hoy consagraciones cada vez más numerosas, en especial en materia de obligaciones no contractuales, de divorcio y sucesorales. El fenómeno adquiere entonces importancia⁶.

Paralelamente, pero en forma opuesta, el derecho internacional privado constituye también un vector de resistencia contra la mercantilización, entendida esta vez como la mercantilización ya no del derecho, si no que de ciertos valores. En efecto, en un contexto de mundialización de la economía, la mercantilización debe entenderse como un fenómeno esencialmente internacional. Y, frente a este fenómeno internacional, el Estado reacciona necesariamente a través de su

⁴ B. OPPETIT, "Droit du commerce international et valeurs non marchandes", *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1993, pp. 309 y ss.

⁵ V. especialmente H. MUIR WATT, "Aspects économiques du droit international privé", *Rec. cours La Haye*, 2004, tomo 307, pp. 25 y ss.

⁶ En este sentido, v. L. RAVILLON, "Les techniques contractuelles", en E. LOQUIN & A. MARTIN, *Droit et Marchandisation*, Credimi, Dijon, Litec, 2010, pp. 169 y ss.

derecho internacional privado, al menos cada vez que se encuentran en juego relaciones de derecho privado. En realidad, nuestro tema plantea, bajo un título centrado en el derecho internacional privado, el problema más general de la resistencia del derecho estatal. El derecho internacional privado representa el mecanismo que permite a un Estado resistirse a la mercantilización en un contexto de mundialización.

Siguiendo este enfoque, trataremos nuestro tema desde la perspectiva de un Estado que desea defender su concepción no mercantil frente a una situación internacional. El derecho internacional privado se presenta entonces como una verdadera caja de herramientas en virtud de las cuales el Estado podrá encontrar el razonamiento que le permita imponer sus valores locales, en detrimento de concepciones divergentes de otro Estado.

La hipótesis de base de nuestro estudio es la relatividad de los valores no mercantiles⁷. Estos valores no son compartidos por el conjunto de las naciones, ni siquiera por todos los Estados miembros de la Unión Europea⁸. La noción de no mercantil es entonces eminentemente relativa. Podemos tomar como ejemplo la prohibición de la maternidad subrogada, que en el derecho francés es objeto de una prohibición general; mientras que en países como Estados Unidos, Reino Unido, Holanda o Grecia constituye una actividad lícita en la medida en que se realice dentro del marco fijado por el legislador. La generalización y la institucionalización del alquiler de vientres pueden ser consideradas como una mercantilización de la mujer⁹. Aun cuando el servicio que ella presta no siempre es remunerado en sentido estricto, da en principio derecho a indemnizaciones por gastos y por salarios no percibidos. La madre de alquiler pone a disposición su cuerpo, como si el embarazo fuese una prestación de servicios como cualquier otra. Frente a un fenómeno de mercantilización como este, que se inscribe hoy en día en un contexto de mundialización del turismo reproductivo,

⁷ V. por ejemplo E. LOQUIN, "Les manifestations de l'illicite", en Ph. KAHN & C. KASSEDJIAN, *L'illicite dans le commerce international*, Credimi, Dijon, Litec, 1996, pp. 247 y ss.; L. GANNAGE, "Le relativisme des droits de l'homme dans l'espace méditerranéen (Regards du Proche-Orient sur la reconnaissance en France des répudiations de droit musulman)", *RID comp.*, 2006, pp. 101 y ss.; del mismo autor, "L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs", *Travaux comité fr., DIP*, sesión de 14 de marzo de 2008, de próxima publicación.

⁸ Incluso en el seno del ordenamiento jurídico francés la noción de valor no mercantil está sometida al relativismo. Ciertas cosas se encuentran fuera del mercado, sin tratarse de cosas que se encuentren fuera del comercio. Es por ejemplo, el caso de los elementos o productos del cuerpo humano que pueden ser objeto de actos a título gratuito: V. en este sentido G. LOISEAU "Les choses hors du commerce", *RTD civ.*, 2000, pp. 47 y ss. Otros, como por ejemplo los bienes de dominio público, pueden cambiar su estatus a través de un simple cambio de afectación. La autoridad pública puede, por medio de una decisión de desafectación, sacar un bien del dominio público para pasarlo al dominio privado, permitiendo así una eventual transferencia a su respecto.

⁹ V. en este sentido, especialmente S. AGACINSKI, *Corps en miettes*, París, Flammarion, 2009, para quien "l'utilisation du ventre féminin au service d'autrui ne peut échapper à la marchandisation. Ce ne sont pas les abus qui sont à craindre, c'est cet usage lui-même" (p. 126). El perfil de las madres de alquiler es a este respecto significativo, generalmente se trata de mujeres cesantes o de personas que se encuentran en graves dificultades financieras.

conviene preguntarse qué herramientas de defensa puede ofrecer el derecho internacional privado a un Estado como Francia.

La pregunta que surge entonces es de saber cómo un Estado puede imponer sus valores no mercantiles, cuando ellos no son compartidos por los otros Estados implicados en una situación jurídica dada.

El derecho internacional privado, visto como una caja de herramientas, ofrece diversos instrumentos que podrían ser utilizados. Las herramientas entonces existen, ¿pero son eficaces? Es lo que tendremos que verificar. En un primer tiempo, nos interrogaremos acerca de la aptitud de la regla de conflicto para defender valores no mercantiles. *A priori*, la regla de conflicto no ha sido concebida con dicho objetivo. Según la concepción savigniana, la regla de conflicto es políticamente neutra; designa indiferentemente la *lex fori* o una ley extranjera, en función de la localización de la relación jurídica. No tiene por finalidad llevar a cabo tal o cual interés estatal. Aun más, el problema ni siquiera se plantea en la concepción tradicional, puesto que Savigny parte del postulado de una comunidad de derecho entre los Estados que pertenecen a una misma cultura jurídica. Los Estados deberían entonces contar con a lo menos una comunidad en materia de ordenamientos públicos, lo que precisamente no ocurre frente a la mercantilización. En consecuencia, intentar imponer una concepción no mercantil a través de una regla de conflicto, significa atribuir a esta última una función defensora de intereses estatales, que tradicionalmente no debería tener. Sin embargo, ello no debería constituir un obstáculo en sí mismo, puesto que desde hace bastante tiempo el derecho internacional privado se ha alejado de la concepción savigniana; hoy en día se admite sin dificultad que la regla de conflicto pueda servir como un vector de los intereses estatales. Sin embargo, este cambio de perspectiva tiene consecuencias respecto de la formulación de la regla, pasando entonces a presentar rasgos materialistas o unilaterales. Planteada de esta forma, la cuestión sobre la aptitud de la regla de conflicto para defender valores no mercantiles, nos llevará a la conclusión que, en su forma clásica, bilateral y articulada según las grandes categorías de incorporación existentes, no se trata de la herramienta correcta a utilizar.

Es por ello que posteriormente dirigiremos nuestra mirada hacia los mecanismos supletivos o derogatorios del derecho internacional privado. Entre ellos, existen dos nociones, el orden público y lo que en Francia se conoce como *lois de police*¹⁰, que permiten imponer el respeto de ciertas reglas imperativas. Pero ¿se encuentran estas dos herramientas mejor adaptadas para defender los valores no mercantiles? *A priori*, la respuesta debería ser afirmativa, puesto que su función es precisamente asegurar el respeto de ciertos valores fundamentales o de ciertas políticas nacionales consideradas como esenciales para

¹⁰ Leyes de policía para efectos de esta traducción.

el Estado. No obstante ello, la posibilidad de recurrir a estos dos mecanismos se encuentra cada vez más regulada por el derecho comunitario; su capacidad de proveer una resistencia a la mercantilización se encuentra entonces seriamente debilitada. Por lo demás, la efectividad de estos dos mecanismos depende en gran medida de las reglas de conflicto de ley; en efecto, se trata de dos instrumentos que ante todo permiten imponer el respeto de valores de la nacionalidad del juez que conoce del asunto (*lex fori*). Todo depende entonces, en forma directa, de la competencia de un juez del Estado hostil a la mercantilización, y en forma indirecta, de la disponibilidad de un motivo de no reconocimiento de la sentencia extranjera.

Constataremos que si bien no existe una impotencia total, la capacidad de resistencia del Estado está limitada frente a la mercantilización, estudiando sucesivamente:

– lo no mercantil por aplicación de la regla de conflicto

y

– lo no mercantil por derogación de la regla de conflicto.

I. Lo no mercantil por aplicación de la regla de conflicto

Para comenzar, un ejemplo nos permitirá situar de mejor manera la cuestión que nos proponemos examinar. Tomemos el célebre caso de las glándulas hipófisis de origen humano, que dio lugar a la sentencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional de 1989¹¹. Luego de varios decesos ocurridos en Hungría, se procedió a la extracción de las glándulas hipófisis de los cadáveres, con el fin de elaborar y distribuir una hormona del crecimiento. La extracción y la transferencia de las glándulas en estado bruto fueron realizadas en Hungría, sin contrapartida financiera para los herederos, en conformidad con la ley húngara. Con posterioridad, las glándulas fueron transferidas por una sociedad húngara a una sociedad suiza; contrato sometido a la ley suiza que estipulaba una contraprestación financiera. Sin embargo, desde el punto de vista del derecho húngaro, dicho contrato era ilícito, por haber sido celebrado a título oneroso¹².

¹¹ Sentencia CCI N° 5617, *Journal du droit international*, 1994, pp. 1041 y ss., nota de D.H. Y de manera más general, sobre la bioética en el derecho internacional privado, C. LABRUSSE-RIOU, "Bioéthique et droit international privé: objectifs et méthodes en questions", *Travaux comité fr. DIP*, 2000-2002, pp. 47 y ss. El autor constata una "relativa impotencia del derecho internacional privado para hacerse cargo de los problemas específicos de la bioética", y ello a causa de tres factores: el escaso número de casos tratados por los conflictos de leyes, el predominio de las leyes de policía y la posibilidad de fuga en nombre de las libertades protegidas por el derecho europeo o internacional.

¹² El carácter ilícito a la luz del derecho húngaro se encontraba en todo caso discutido, por cuanto distintas autoridades húngaras habían dado su consentimiento para el suministro de las glándulas.

De acuerdo a la perspectiva que decidimos adoptar en el presente estudio, realizaremos el análisis desde el punto de vista del Estado húngaro, para preguntarnos si la regla de conflicto de leyes nos permite imponer su concepción no mercantil de la extracción, lo que conduciría a la ilicitud del contrato celebrado. Conviene entonces determinar cuál es la ley aplicable al asunto. Para hacerlo, debemos resolver un problema de calificación; ¿cuál será el criterio a utilizar para clasificar la problemática jurídica planteada por el presente caso¹³? Podríamos dudar entre tres soluciones: el estatuto personal, pues se trata de una extracción de un elemento perteneciente al cuerpo humano; el estatuto real, ya que el contrato consiste en la transferencia de un producto ya extraído; el estatuto contractual, puesto que la cuestión versa sobre la licitud de un contrato de suministro.

Más allá de este ejemplo, podemos constatar que la duda oscila generalmente entre la calificación jurídica por una parte, y una calificación centrada en el objeto del contrato por otra. El objeto del contrato puede ser una cosa que se encuentre fuera del comercio, como por ejemplo los elementos y productos del cuerpo humano o los recuerdos de familia. La calificación desde el punto de vista del estatuto real resulta entonces factible. El objeto de un contrato puede también ser una persona, o con mayor precisión, una prestación que implique su cuerpo, como la maternidad subrogada, situación que puede militar en pos del estatuto personal. Muy cercano a este ejemplo, se encuentran aquellas prestaciones contractuales estrechamente ligadas a la persona, como la adopción internacional, donde muchas veces podremos enfrentarnos a un verdadero mercado de niños. Veremos que no existe una vía única que pueda convenir a todas las manifestaciones de mercantilización. Ya que no podemos pretender realizar un análisis exhaustivo, utilizaremos ejemplos para mostrar cómo distintas soluciones pueden servir para los diversos casos de mercantilización. Como casi siempre la situación litigiosa implica un contrato, estimamos conveniente proceder, en un primer momento, al análisis de la problemática jurídica desde el punto de vista de los actos jurídicos, antes de examinar las otras calificaciones posibles fundadas en el objeto del contrato.

A. Problemática fundada en el contrato

En el ejemplo de la extracción de las glándulas hipófisis, la calificación trata la cuestión de la licitud de un contrato de suministro celebrado a título oneroso. En

¹³ V. en relación al tema de la calificación, especialmente A. MEZGHANI, "Méthodes de droit international privé et contrat illicite", *Rec. cours La Haye*, 2003, tomo 303, pp. 149 y ss.; C. JOURDAIN-FORTIER, *Santé et commerce international, Contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, Credimi, Dijon, Litec, 2006, pp. 223 y ss.; I. MOINE-DUPUIS & E. LOQUIN, "Produits thérapeutiques d'origine humaine et extracommercialité", en I. MOINE-DUPUIS, *Le médicament et la personne, Aspects de droit international*, Credimi, Dijon, Litec, 2007, pp. 441 y ss., en especial pp. 446 y ss.

derecho interno francés, la licitud tendría que analizarse, a falta de un régimen específico, según las reglas del derecho de las obligaciones. Se trata de una cuestión sobre la licitud del objeto y de la causa (art. 1128 y 1131 del Código Civil francés, en adelante CC), es decir, una cuestión de conformidad al orden público y a las buenas costumbres (art. 6 CC). La sanción es la nulidad del contrato. Disposiciones comparables existen en otras legislaciones nacionales. Si tomamos como ejemplo el derecho alemán, un contrato es nulo, en caso de violación de la ley (§ 134 del Código Civil alemán, en adelante BGB) o en caso de violación de la moral (§ 138 BGB), lo que incluye la prohibición de vender cosas que no están en el comercio. En estas condiciones, el análisis de la problemática basado en la categoría de los actos jurídicos, parece pertinente. De esto resulta que las partes pueden elegir la ley aplicable al contrato. A falta de elección, el contrato será regido por la ley de la residencia habitual del proveedor¹⁴. En el caso de las glándulas, el contrato contenía la elección de la ley suiza y los árbitros decidieron, por consiguiente, apreciar su licitud o ilicitud según el derecho suizo¹⁵. En consecuencia, en virtud de una calificación contractual, llegamos a que las partes pueden eludir una legislación imperativa gracias a la simple elección de una ley extranjera. A falta de elección, la solución permite exclusivamente al Estado de la residencia habitual del deudor de la prestación característica, imponer sus valores no mercantiles. Esto significa que, en el marco de los contratos relativos a productos, el Estado de la residencia del comprador, que generalmente será también el Estado importador y donde la cosa se encuentra actualmente, carece de dicha facultad. En los contratos de prestación de servicios, la solución puede incitar a los residentes de países con legislaciones restrictivas, a desplazarse al extranjero con el fin de poder contratar prestaciones que de otro modo serían ilícitas en su propio país. Este fenómeno se encuentra ya generalizado, tal como lo demuestra el ejemplo del turismo procreativo. La solución actual fundada en una calificación contractual resulta entonces inadecuada para ser utilizada como vector de resistencia a la mercantilización.

Antes de proseguir, estimamos pertinente aportar, por una parte, una precisión al razonamiento antes expuesto, y explorar, por otra parte, algunas pistas sobre la forma como el derecho podría evolucionar en el porvenir.

1. Ley aplicable al contrato y ley aplicable a la actividad

Precisemos en primer lugar nuestro razonamiento. Debe distinguirse entre, por una parte, la actividad del suministrador y por otra, los contratos concluidos

¹⁴ El fundamento de la solución depende de la calificación precisa del contrato. Si lo vemos como la venta de bienes corporales muebles, aplicaremos el Convenio de La Haya de 15 de junio de 1955. En caso contrario, el contrato será regido por el reglamento N° 593/2008 Roma I, de 17 de junio de 2008.

¹⁵ Con mayor precisión, se interrogaron en un primer momento sobre la licitud de la operación según el punto de vista de la ley húngara, pero continuaron con su razonamiento "a pesar de que pudiera admitirse que el suministro de glándulas podría haber sido contrario al derecho húngaro".

por el suministrador en el ejercicio de su actividad. La actividad, como consecuencia de la presencia de valores no mercantiles, es objeto de una legislación precisa que, por ejemplo, fija las condiciones para practicar la extracción de algún órgano del cuerpo humano. Esas leyes se asemejan a las normas de derecho público, revistiendo incluso sanciones penales. El suministrador debe necesariamente respetar el conjunto de exigencias impuestas por la ley del lugar de su establecimiento¹⁶. Con el fin de evitar que tal legislación pueda ser eludida en un contexto de mundialización, se le debe asegurar un cierto campo de aplicación internacional. Esta problemática es bien conocida en el derecho comunitario. Desde el punto de vista metodológico, la directiva N° 2007/65 de 11 de diciembre de 2007 relativa a las actividades de radiodifusión televisiva, ofrece a este respecto un modelo muy interesante que podría sin lugar a dudas ser aplicado en otras hipótesis de defensa de valores no mercantiles. La directiva establece, en el fondo, una coordinación entre los Estados miembros, fijando las reglas mínimas que los Estados deben respetar, siendo en todo caso libres de imponer regímenes más estrictos. Esta armonización de reglas materiales se encuentra complementada por una regla de conflicto que prevé, bajo una formulación unilateral, la aplicación de la ley del país de origen del prestador de los servicios. La definición del lugar de implantación se encuentra formulada de tal manera que multiplica las posibilidades de establecimiento sobre el territorio de un Estado miembro¹⁷. El objetivo es doble: por una parte, evitar incentivar que los proveedores europeos migren hacia países externos a la Unión que no respeten los estrictos estándares europeos, y por otra, impedir a los proveedores no europeos el beneficio de la libre circulación en el seno del mercado interior. En todo caso, y en la medida en que una armonización total no sea alcanzada, subsiste el riesgo de deslocalización de las actividades internas de la Unión hacia Estados miembros con legislaciones más permisivas. Con el fin de evitar dichas maniobras, el texto establece un sistema de cooperación entre las autoridades administrativas de los Estados miembros en cuestión. Se ha demostrado que en ciertas condiciones la regla de conflicto puede aparecer como un medio de protección de la excepción cultural europea frente a los países externos a la Unión¹⁸.

¹⁶ Y debemos ir aún más lejos en lo tocante a las extracciones de órganos. ¿El respeto de la ley del lugar de establecimiento del prestador de servicios no debe acaso combinarse con el respeto de la ley nacional de la persona a quien se le realizó la extracción? V. en este sentido, en especial A. MEZGHANI, "Méthodes de droit international privé et contrat illicite", Rec. Cours La Haye, 2003, tomo 303, pp. 223 y ss.; una visión matizada en C. JOURDAIN-FORTIER, *Santé et commerce international, Contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, Travaux du Credimi, vol. 26, Paris, Litec, 2006, N° 261 y ss. En efecto, como se trata de una cuestión relativa a la integridad corporal, para nosotros una aplicación acumulativa de la ley nacional y de la ley local es necesaria (v. *infra*).

¹⁷ El país de origen es en principio el país de implantación del proveedor, sin embargo, cuando éste se encuentra implantado fuera de la Unión Europea, se considera que el país de origen es igualmente un Estado miembro, cuando no usando un enlace ascendente con un satélite situado en un Estado miembro, utiliza una capacidad de satélite perteneciente a dicho Estado miembro: art. 2 §4.

¹⁸ V. T. AZZI, "La culture", en *Conflits de lois et régulations économique*, Paris, LGDJ, 2008, pp. 209 y ss.

La cuestión de la ley aplicable a la actividad de un prestador de servicios debe ser claramente distinguida de aquella relativa a la ley aplicable a los contratos celebrados por el prestador de servicios en el ejercicio de su actividad. Se trata de un problema totalmente diferente, que puede ser objeto de una incorporación autónoma. Al analizar esta situación, debemos preguntarnos si la validez del contrato podrá verse afectada por una eventual ilicitud de la actividad inicial. En otras palabras, ¿la ilicitud originaria puede repercutir en la operación subsecuente? No podemos afirmar con certeza que así sea. La respuesta será ciertamente diferente en función del juez llamado a resolver el conflicto. Supongamos que la actividad, por ejemplo la extracción de un órgano, es ilícita por cuanto ha sido realizada en contravención a la ley del lugar de implantación del prestador del servicio; pero que a la luz de la ley del contrato, la operación es lícita. Teóricamente, sería posible recurrir al método que permite la consideración de la ley extranjera. El juez tendrá que reflexionar acerca de la validez del contrato, a la luz de las reglas impuestas por la *lex contractus*, tales como la exigencia de una causa lícita o de un objeto que esté en el comercio. Sin embargo, para poder apreciar la licitud de la causa o del objeto del contrato, es obviamente posible tomar en consideración la interdicción impuesta por la ley del lugar de implantación del prestador de servicios. Tal consideración de la ley extranjera puede entonces, al menos teóricamente, justificar la anulación del contrato, sin renunciar a la aplicación de la ley del contrato. Sin embargo, en la práctica, dicha anulación es muy poco probable si el litigio se lleva a cabo ante un juez del Estado de la *lex contractus*. En efecto, este juez podrá contentarse con la simple constatación que a la luz de la ley aplicable, el contrato es válido. Este ejemplo muestra que la eficacia de las herramientas de resistencia a la mercantilización que puede ofrecer el derecho internacional privado depende fundamentalmente de la identidad del juez llamado a resolver el conflicto. Volveremos sobre este punto en la segunda parte de nuestro estudio.

2. Perspectivas de evolución

¿Qué pista podría explorarse para hacer evolucionar nuestro derecho, manteniéndonos siempre en el marco de una calificación contractual? Una calificación en la categoría de los actos jurídicos no es necesariamente contradictoria con la voluntad de imponer un cierto resultado. El derecho del consumo y el derecho laboral nos entregan a este respecto elementos de comparación interesantes (arts. 6 y 8 del reglamento N° 593/2008 Roma I de 17 de junio de 2008). Si seguimos con nuestro ejemplo de los órganos y productos del cuerpo humano, nos encontramos frente a una legislación en derecho interno que prevalece sobre el derecho común de las obligaciones, en razón de la particular naturaleza de dichas convenciones. Ellas obedecen a reglas originales, tanto en lo tocante a la formación como a los efectos del contrato¹⁹, situación análoga a lo que

¹⁹ V. para mayor precisión, por ejemplo F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit des obligations*, París, Dalloz, 2005, N° 275.

ocurre en materia de derecho del consumo y de derecho laboral. El derecho internacional privado, por su parte, no renuncia a tratar estos últimos bajo el prisma de la ley aplicable al contrato. En estos casos, la regla de conflicto es simplemente retocada, para que en estos tipos de contratos, se limite la autonomía de las partes²⁰ y se asegure que, en caso de ausencia de elección, el criterio de vinculación sea acorde a la naturaleza especial de estos contratos. Una solución similar podría por ejemplo imaginarse en materia de órganos y productos del cuerpo humano²¹. Una distinción es sin duda necesaria entre, por una parte, los contratos que organizan el acceso a los órganos y productos del cuerpo humano, es decir, los contratos que tienen por objeto la extracción y la donación; y por otra parte, los contratos de comercialización y explotación de los productos obtenidos en su virtud²². En efecto, pertenecen principalmente al primer tipo los contratos regidos por legislaciones imperativas y que requieren por consiguiente una regla de conflicto especial; mientras que los del segundo tipo, en la medida en que generalmente se adoptan formas complejas, presentan dificultades en cuanto a la identificación de la prestación característica.

Pero, evidentemente, una solución como la que acabamos de proponer sólo podría ser eficaz en caso de encontrarse consagrada en un instrumento multilateral, una convención internacional o un reglamento comunitario. En caso de haber sido consagrada sólo por un Estado, el juego de las reglas de conflicto de jurisdicción hará que su aplicación sea, por supuesto, aleatoria. Por lo demás, para que esta pista pueda tener éxito, es necesario que los Estados logren ponerse de acuerdo acerca de la redacción de una regla de conflicto común. Sin embargo, en aquellas materias donde las concepciones materiales son diametralmente opuestas, tampoco se logrará consenso en materia de reglas de conflicto. Sólo una armonización material, y hacemos referencia en especial al caso de la Unión Europea, será capaz de crear una base mínima en común que permita elaborar una regla de conflicto hegemónica. Políticamente, dicha armonización será por supuesto difícil de conseguir, sin embargo, se trata de la *conditio sine qua non* de una resistencia eficaz a la mercantilización. Llegaríamos así a una armonización de ciertos principios básicos, con una regla de conflicto común, que debe ser formulada para cada problema específico, en función de sus particularidades.

Esta solución plantea el problema de la supuesta neutralidad de la regla de conflicto de leyes. Sin embargo, hace ya bastante tiempo que el creciente in-

²⁰ En derecho común de los contratos, la elección de una ley por las partes es posible, ya que las reglas son consideradas tradicionalmente como neutras. Sin embargo, en materia de derecho del consumo o de derecho laboral, numerosas son las disposiciones imperativas con miras a asegurar la protección de la parte más débil, lo que conduce a una limitación de la autonomía de la voluntad.

²¹ Sin embargo, esta solución no puede ser utilizada para aquellos contratos totalmente ilícitos, como por ejemplo, los vientres de alquiler.

²² En relación a los contratos relativos a recursos biológicos, v. F. BELLIVER, Ch. NOIVILLE, *Contrats et vivant*, París, LGDJ, 2006.

tervencionismo estatal ha ido acompañado, en derecho internacional privado, de reglas de conflicto que protegen ciertos intereses de Estados en particular. Como lo señaló Andreas Bucher, el derecho privado constituye un factor de regulación de la vida social y económica, y por ello dicha finalidad debe ser tenida en cuenta por el derecho internacional privado²³. Los análisis económicos del derecho confirman este enfoque, cuestionando la visión tradicionalmente neutra de la regla de conflicto. La determinación de la ley aplicable no es algo económicamente indiferente; ya que existen varios aspectos económicos subyacentes; generalmente de derecho público. *De lege ferenda*, la solución podría entonces residir en la elaboración de una regla de conflicto especial para ciertos contratos relativos a valores no mercantiles.

Otra posibilidad podría provenir de la nueva concepción del principio de autonomía, surgida del análisis económico del derecho²⁴. No es un análisis que privilegiemos, sin embargo amerita ser evocado brevemente. En el modelo americano de federalismo económico, la facultad de elección de la ley aplicable se considera como una ventaja comparativa otorgada por el Estado a las empresas transnacionales, con el fin de convencerlas de mantener sus lazos económicos con el territorio de la *lex fori*. El conjunto del derecho de los contratos del territorio de la *lex fori* (reglas imperativas y supletivas) se estima como una ventaja dada en compensación de un nexo económico con el foro. Este análisis conduce a reintroducir, paradójicamente, una exigencia de conexión que condiciona la aplicación del derecho de los contratos del foro. En la oposición histórica entre una concepción subjetivista y una concepción objetivista de la ley aplicable al contrato, quienes apoyan la segunda concepción pueden encontrar, en el análisis económico del derecho, nuevos argumentos en su favor. En esta perspectiva, las partes no podrían obviar una legislación imperativa de sus países de origen, por medio de la elección de una ley extranjera permisiva, con la cual no posean lazos económicos. Una reflexión importante radica en determinar la naturaleza exacta de los lazos que deben existir.

B. Calificación fundada en el objeto del contrato

En lugar de analizar el problema jurídico en la perspectiva de los actos jurídicos, podemos igualmente buscar una calificación que se funde en el objeto del contrato. Resulta conveniente entonces distinguir entre los contratos que tienen por objeto una cosa y los contratos relativos a prestaciones de servicios. En cuanto a los contratos que tienen por objeto una cosa considerada intransferible por un Estado, podría plantearse un análisis de la cuestión en base

²³ A. BUCHER, "L'ordre public et le but social des lois en droit international privé", *Rec. cours La Haye*, tomo 239, pp. 9 y ss., en especial p. 71. V. también S. VRELLIS, "Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé. A la recherche de la justice", *Rec. cours La Haye*, 2007, tomo 328, pp. 175 y ss.

²⁴ V. especialmente H. MUIR WATT, "Aspects économiques du droit international privé", *Rec. cours La Haye*, 2004, tomo 307, pp. 25 y ss.

al estatuto real. Se ha dicho convincentemente que la comerciabilidad o no comerciabilidad de una cosa no es otra cosa que la disponibilidad jurídica a la luz del artículo 544 CC, y que se trata de una cuestión anterior a la formación del contrato²⁵. Se trata de una cualidad inherente a ciertos bienes que depende del estatuto real. La solución conduce a la aplicación de la ley del lugar en que el bien está situado.

Ahora bien, tratándose de bienes que circulan de un Estado a otro, se plantea inevitablemente un problema de conflicto móvil. ¿Conviene aplicar la ley del lugar en que el bien está situado actualmente o del lugar en que dicho bien estaba situado al momento de la constitución del derecho?²⁶ Cualquiera que sea la solución adoptada, resulta que la vinculación basada en el estatuto real no garantiza al Estado el hecho de poder oponerse a una mercantilización aceptada en el extranjero. Podemos por una parte privilegiar al Estado de origen del bien, pero en dicho caso se privaría al Estado en que el bien está situado actualmente de la posibilidad de oponerse a la circulación de un bien considerado por él como intransferible²⁷; o bien, podemos privilegiar al Estado en que se sitúa el bien, pero en dicho caso se corre el riesgo de fomentar los desplazamientos con miras a sacar un bien de la categoría de intransferible consagrada por el Estado de origen. Por lo demás, la aplicación de la *lex rei sitæ* no es suficiente a la hora de elaborar las consecuencias de la ilicitud en el campo de la validez del contrato²⁸. Tendríamos así la aplicación simultánea de la *lex rei sitæ* y de la *lex contractus*.

Cuando se está en presencia de un contrato de prestación de servicios, la calificación real no es posible. Podemos tomar como ejemplo los vientos de alquiler. Tal como lo señalamos *supra*, la actividad del prestador de los servicios, la madre de alquiler en nuestro caso, debe ajustarse a la ley del lugar de su implantación. Depende entonces del régimen territorial de las técnicas de reproducción asistida, que se asemeja a una legislación de derecho público. En cuanto al contrato, dos soluciones pueden vislumbrarse en términos de

²⁵ V. en derecho interno francés, F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, Paris, LGDJ, 2002, N° 99; en derecho internacional, J. P. NIBOYET, "La théorie de l'autonomie de la volonté", *Rec. cours La Haye*, 1927, tomo 16, pp. 28 y ss.; A. MEZGHANI, "Méthodes de droit international privé et contrat illicite", *Rec. cours La Haye*, 2003, tomo 303, pp. 209 y ss.; E. LOQUIN, "Les manifestations de l'illicite", en *l'illicite dans le commerce international*, bajo la dirección de Ph. KAHN y C. KESSEDJIAN, Travaux du Credimi, vol. 16, Dijon, Litec, 1996, pp. 247 y ss.; I. MOINE-DUPUIS & E. LOQUIN, "Produits thérapeutiques d'origine humaine et extracommercialité", en *Le médicament et la personne*, Aspects de droit international, bajo la dirección de I. MOINE-DUPUIS, Travaux du Credimi, vol. 28, Dijon, Litec, 2007, pp. 411 y ss., en especial pp. 446 y ss.

²⁶ Se considera, en principio, que la existencia de un derecho depende de la ley del lugar en que el bien estaba situado al momento de su constitución, y que el contenido de dicho derecho debe analizarse a la luz de la ley en que el bien se encuentra situado en la actualidad.

²⁷ Salvo el caso de la aplicación de su ley como ley de policía. V. *infra*.

²⁸ V. I. MOINE-DUPUIS & E. LOQUIN "Produits thérapeutiques d'origine humaine et extracommercialité", en *Le médicament et la personne*, Aspects de droit international, bajo la dirección de I. MOINE-DUPUIS, Travaux du Credimi, vol. 28, Dijon, Litec, 2007, en especial pp. 450 y ss.

calificación, a la luz de los criterios de vinculación existentes. Por una parte, el contrato de madre de alquiler podría encontrarse exclusivamente sometido a la ley del contrato, con todos los inconvenientes que ello podría conllevar. Por otra parte, podría encontrarse simultáneamente sometido a ley personal de ambas mujeres implicadas y a la ley del contrato. En efecto, esta práctica toca tan de cerca la integridad del cuerpo humano que un nexo con el estatuto personal nos parece perfectamente justificado. En derecho interno, los principios de la inalienabilidad del cuerpo humano y del estado de las personas constituyen, en cierta medida, la contrapartida de la no comerciabilidad de una cosa. Por analogía, defenderemos entonces una calificación inmersa en el estatuto personal, lo que conduce a privilegiar la segunda solución evocada, es decir, aquella que exige una combinación entre las leyes personales y la *lex contractus*²⁹. Así, si una pareja francesa concluye un contrato con una madre de alquiler californiana, la solución consistiría en aplicar no sólo la ley del contrato, que es evidentemente la ley del Estado de California, sino que también la ley nacional de los interesados. La aplicación simultánea conduce de este modo a la prohibición de la conclusión de un contrato de maternidad subrogada cuando la ley nacional de la mujer (o de la pareja) interesada es prohibitiva a este respecto. Y podemos ir aún más lejos: sería deseable que todo legislador que decida admitir la posibilidad de recurrir a la maternidad subrogada limite el campo de aplicación de su legislación exclusivamente a sus nacionales, con el fin de evitar lo que podríamos llamar el turismo reproductivo. Es de hecho la solución adoptada por el derecho holandés, donde sólo las mujeres de nacionalidad holandesa, tanto la que recurre a los servicios como la que los presta, se encuentran autorizadas para recurrir a esta práctica. Ello evita las ulteriores dificultades que podrían surgir al momento de establecer la filiación del hijo respecto de la madre que solicitó los servicios. Por supuesto que uno podría objetar esta aplicación simultánea, pues en derecho intracomunitario podría ser considerada como un obstáculo a la libre prestación de servicios³⁰. ¿No es eso una discriminación fundada en la nacionalidad, situación condenada por el derecho comunitario? Es una cuestión que seguirá siendo de actualidad en los años venideros, debido a que ciertos Estados europeos autorizan hoy en día la maternidad subrogada. Y al analizar la definición comunitaria de las nociones de mercadería³¹ y de servicio³², po-

²⁹ En materia de estatuto personal, el problema del conflicto móvil no se presenta con la misma complejidad que en materia de estatuto real.

³⁰ V. en especial el caso *Blood*, en el cual una viuda británica fue autorizada por el juez inglés a recurrir a una inseminación *post mortem* en Bélgica, en condiciones prohibidas por el derecho inglés, bajo el fundamento de la libre prestación de servicios: Court of Appeal, 6 de febrero de 1997, *R. v. Human Fertilisation and Embryology Authority*, ex part *Blood* (1997), 2 All ER 687, C.A.: J. S. BERGE, "Le droit communautaire dévoyé. Le cas Blood", JCP 2000, I, 206.

³¹ V. CJCE, 10 de diciembre de 1968, *Commission c. Italia*, caso 7/68. Por mercaderías, deben entenderse los productos susceptibles de ser apreciados en dinero y de ser el objeto de transacciones comerciales.

³² V. CJCE, 11 de abril de 2000, *Christelle Deliège*, caso 51/96. Constituye una actividad económica que se beneficia de la libre prestación de servicios toda actividad profesional o semiprofesional, que consista en una prestación de servicios remunerados y que constituya una actividad real y efectiva, y no puramente marginal o accesoría.

demos darnos cuenta que el derecho comunitario puede transformarse en un verdadero obstáculo para aquel Estado miembro que desee proteger sus valores no mercantiles. Es una constatación que podremos confirmar en numerosas ocasiones en la segunda parte de nuestro estudio.

En relación a los vientres de alquiler, debe agregarse que en la práctica es bastante raro que un juez francés sea directamente llamado a resolver sobre la licitud del contrato. La actividad se desarrolla en principio en forma exclusiva en el extranjero, por lo que el problema no se plantea en Francia sino hasta el momento de la inscripción del nacimiento ante el Registro Civil francés o al momento de una solicitud de adopción³³. El juez se preguntará si, desde el punto de vista francés, puede establecerse la filiación respecto de la madre que solicitó los servicios, sin interesarle la licitud inicial del contrato³⁴. En materia de filiación, el artículo 311-14 del CC designa la ley nacional de la madre. En la medida que el derecho francés considera que la madre es la mujer que dio a luz al menor, la ley nacional de la madre de alquiler debe aplicarse. Sin embargo, imaginemos que según esta ley, la madre legal es aquella que contrató el servicio³⁵. Desde el punto de vista francés, el solo recurso a la excepción de orden público permitiría la oposición a dicha situación llevada a cabo en el extranjero (v. *infra*). Otra interpretación del artículo 311-14 ha sido propuesta, según la cual, la norma existe para la hipótesis de indeterminación de la madre, lo que conduce a la aplicación de la ley nacional del menor³⁶. Si la filiación paterna no es discutible, el hijo puede así tener doble nacionalidad. La nacionalidad francesa es entonces tomada en consideración sólo por las autoridades francesas. En estas condiciones, la regla de conflicto permite al Estado defender sus valores no mercantiles, rechazando la posibilidad de reconocer una situación

³³ Generalmente ni siquiera se trata de un problema sobre la determinación de la ley aplicable, sino más bien del reconocimiento de una sentencia judicial o de un acto administrativo extranjero. V. a este respecto París, 25 de octubre de 2007, *Journal du droit international*, 2008, p. 145, nota G. CUNIBERTI; *Gaz. Pal.* 27-29, enero de 2008, nota G. de GEOUFFRE de la PRADELLE. El método no es el mismo. V. *infra*.

³⁴ V. por ejemplo, París, 15 de junio de 1990, *Journal du droit international*, 1990, pp. 982 y ss., nota H. GAUDEMET-TALLON; *Rev. crit. DIP*, 1991, pp. 711 y ss, nota C. LABRUSSE-RIOU. La corte se desentendió del contrato inicial, para interrogarse exclusivamente acerca de la ley aplicable a la filiación. V. en todo caso, Rennes, 4 de julio de 2002: en relación a una operación de maternidad subrogada realizada en California, los jueces estimaron que "la nullité du contrat de mère porteuse n'est pas discutée au regard des articles 16-7 et 16-9 du Code civil tels qu'ils résultent de la loi du 29 juillet 1994 qui disposent que toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle d'une nullité d'ordre public". La nulidad del contrato fue entonces pronunciada fundándose exclusivamente en el derecho francés, sin motivar el razonamiento: ¿excepción de orden público internacional?, ¿ley de policía?, ¿ley nacional de los padres adoptivos?

³⁵ A menos que la madre de alquiler no tenga la nacionalidad del país en que reside.

³⁶ D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, tomo 2, París, PUF, 2007, N° 779. El texto está principalmente destinado a la hipótesis en que "la madre es desconocida". En materia de maternidad subrogada, no nos encontramos frente a un problema de desconocimiento de la identidad de la madre, sino que frente a una situación de duda entre dos madres posibles, en especial cuando la mujer que solicitó los servicios es a la vez la madre genética. La vinculación a la ley personal de la madre no resulta posible en estas condiciones.

adquirida en el extranjero vulnerando su legislación interna. Sin embargo, en cuanto a la suerte del menor, nada es seguro. Volveremos sobre este punto en la segunda parte.

Otro ejemplo importante de mencionar es la adopción internacional. En ciertos países, desviaciones han conducido a un verdadero mercado de menores. El rol de los intermediarios se ejerce a menudo en un marco contractual. En 1987, la Corte de casación estableció que en derecho francés las convenciones de "corretaje" de adopciones son nulas por tener una causa ilícita, por cuanto tienen como objeto la determinación de una suma de dinero a pagar, como contraprestación de los servicios prestados por el intermediario, para lograr la adopción³⁷. Perseguir el lucro a través de la adopción (art. 227-12 inc. 2° del Código Penal francés), así como el ejercicio de cualquier actividad de intermediario para la adopción, sin autorización previa (art. L. 225-19 del Código de la familia y de la ayuda social francés), son actividades sancionadas penalmente. En las relaciones internacionales, la regla de conflicto relativa a los actos jurídicos no puede evidentemente, permitir a un Estado anular toda convención contraria a dichos principios. ¿Una calificación fundada en el objeto del contrato sería más adecuada para defender los valores mercantiles? Podríamos pensar en la aplicación de la ley nacional del menor o la ley nacional del adoptante. Estimamos que ello no es así, puesto que nos confrontamos esencialmente a un problema de efectividad de las reglas aplicables, y ciertos Estados no logran impedir su violación. Por ello es que el derecho internacional privado ha buscado una solución más allá de la regla de conflicto. En efecto, la voluntad de resistencia a la mercantilización de los niños susceptibles de ser adoptados se plasmó en la Convención de La Haya de 29 de mayo de 1993, sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción. Este documento instaura un sistema de cooperación entre los Estados contratantes, con el fin de garantizar que las adopciones internacionales se lleven a cabo con el debido respeto a los derechos fundamentales, y evitar así secuestros, venta o trata de niños (art. 1). Esta cooperación debe asegurar que las autoridades, tanto del Estado de origen del menor como del Estado de acogida, aprueben el proyecto de adopción. La efectividad de este dispositivo depende, en todo caso, de su puesta en marcha por el Estado de origen. Sin embargo, son numerosos los Estados que aún no han adoptado las medidas jurídicas internas que permitan asegurar un real resguardo de las adopciones³⁸.

³⁷ Cass. Civ, 1^{re}, 22 de julio de 1987, D. 1988, p. 172, nota J. MASSIP.

³⁸ V. en especial el caso de Camboya, que ratificó la Convención de La Haya en 2007 y que actualmente se encuentra apoyado por un grupo de trabajo internacional, constituido por iniciativa de la Conferencia de La Haya, con el fin de permitirle llevar a cabo los principios de dicha convención: comunicado de prensa del Ministerio de Relaciones Exteriores de 15 de abril de 2009.

En cuanto a las relaciones laborales, ellas han sido, después de la abolición de la esclavitud, fruto de un proceso de desmercantilización de la persona humana³⁹. Sin embargo, todavía se dan casos en que nuestros jueces se ven enfrentados a una relación de trabajo en que el trabajador se encuentra en una situación tal de alienación frente al empleador, que dicha situación se asemeja a la esclavitud. En este campo, sería artificioso vincular el derecho al estatuto personal. Por lo demás, esta calificación carecería de todo interés, puesto que el trabajador tiene generalmente la nacionalidad de un Estado que no lo protege frente a esta alienación. Se ha propuesto, a este respecto, una calificación delictual; ya que la relación jurídica se ha construido sin una real manifestación de voluntad por parte del trabajador⁴⁰. Sin embargo, la aplicación de la ley del lugar del hecho generador del daño chocará sin duda alguna con las dificultades inherentes a su identificación. Desde nuestro punto de vista, la calificación más convincente es una calificación contractual, que conduce a la aplicación de la regla de conflicto especial del Reglamento Roma I. Es cierto que no siempre otorga una protección suficiente de los valores no mercantiles, pero podrá de todas formas ser descartada a través del uso de los mecanismos derogatorios propios del derecho internacional privado.

Estas ilustraciones nos muestran que no existe una calificación única para aprehender las diversas manifestaciones del fenómeno de la mercantilización. Y las soluciones a las que se llega en virtud de las distintas reglas de conflicto permiten a los Estados defender sus valores no mercantiles sólo en forma aleatoria. La regla de conflicto no es entonces el mecanismo que debe privilegiarse, o al menos no en su formulación clásica. El derecho positivo confirma este análisis. En efecto, los tribunales rara vez ingresan al terreno de la regla de conflicto cuando están en juego valores no mercantiles, y sobre todo si ellos dicen relación con derechos fundamentales. La tendencia es más bien razonar únicamente en función de la aplicación de mecanismos derogatorios, que es el punto que analizaremos a continuación.

II. LO NO MERCANTIL POR DEROGACION DE LA REGLA DE CONFLICTO

En derecho internacional privado, dos mecanismos derogatorios tienen por objeto directo permitir al Estado imponer el respeto de ciertos valores fundamentales y de ciertas políticas nacionales consideradas como esenciales. Se trata del orden público y de la leyes de policía. Una presentación de su funcionamiento en un primer momento permitirá constatar que su efectividad está hoy en día cada vez más limitada como consecuencia del derecho comunitario.

³⁹ V. a este respecto J. L. SAGOT-DUVAUROUX, "La marchandise humaine", en *Droit et Marchandisation*, bajo la dirección de E. LOQUIN & A. MARTIN, Travaux du Credimi, vol. 33, Dijon, Litec, 2010, pp. 15 y ss.

⁴⁰ S. BOLLEE, nota de 10 de mayo de 2006, JCP 2006, ed. G, II, 10121.

Actualmente, el Estado no tiene asegurado el poder de defender sus valores no mercantiles fundándose en estos dos mecanismos. Posteriormente veremos que además su ámbito de aplicación depende ampliamente de las reglas que rigen los conflictos de jurisdicción. En efecto, tanto el orden público como las leyes de policía constituyen mecanismos que están esencialmente al servicio de las reglas imperativas del foro. Si un juez extranjero es llamado a resolver el litigio, la posibilidad de su aplicación se ve considerablemente reducida, ya se trate de la instancia directa o de la indirecta. Estudiaremos, en un primer tiempo, los mecanismos derogatorios de las reglas imperativas, para luego analizar la cuestión de la efectividad de estas reglas, es decir, lo que está en juego en el conflicto de jurisdicción.

A. Los mecanismos derogatorios de las reglas imperativas

El Estado puede imponer su concepción no mercantil a través de dos nociones diferentes: el orden público y las leyes de policía.

1. El orden público

En lo que se refiere al orden público interno, él se impone a las partes cuando el contrato es internacional sólo en virtud de una cláusula de *electio juris*, mientras que todos los demás elementos de la situación se encuentran localizados en un solo y único país. El artículo 3 §3 del reglamento N° 593/2008 Roma I dispone que en esta hipótesis la elección de la ley por las partes no afecta la aplicación de disposiciones que conforme a la ley de este otro Estado no pueden ser derogadas por acuerdo. En otros términos, no basta con elegir una ley extranjera más permisiva para escapar a la concepción no mercantil del Estado sobre el territorio del cual todos los elementos de la situación están localizados. Es una garantía contra el fraude en los contratos puramente internos.

En seguida, en lo que se refiere al orden público internacional, éste interviene bajo la forma de una excepción que conduce a dejar sin aplicación la ley normalmente aplicable cuando ésta transgrede los valores fundamentales del orden jurídico al cual pertenece el juez llamado a resolver el litigio. Así, gracias a la excepción del orden público internacional, un Estado puede oponerse a la aplicación de una ley extranjera que consagra la legitimidad de una operación que él considera como contraria a sus valores no mercantiles. En lo tocante al método, ello supone concretamente que el juez aplique en un primer tiempo la regla de conflicto de leyes y que ésta designe una ley extranjera. El juez examina en ese momento el resultado al que llevaría la aplicación de esta ley extranjera para constatar si vulnera o no los valores fundamentales propios a su sistema jurídico. Es sólo en ese momento en que interviene la evicción de la ley extranjera y la aplicación subsidiaria de la *lex fori*. Eventualmente, el juez se preguntará entonces si la situación presenta vínculos suficientemente significativos con el

orden del foro para que el juego de la excepción esté justificado⁴¹. ¿Los valores no mercantiles son parte de lo que recubre el orden público internacional? Una respuesta afirmativa no debería generar mayores dudas. Los valores no mercantiles reposan a menudo bajo el alero de los derechos fundamentales y pueden, por este hecho, ser calificados de principios fundamentales en el sentido de la jurisprudencia *Lautour*⁴². La principal cuestión que se plantea hoy, cuando los derechos fundamentales están en juego, es determinar si el control de conformidad a los derechos fundamentales debe realizarse únicamente a través del orden público internacional, o si puede realizarse por medio de una confrontación directa de la situación a las disposiciones de la CEDH⁴³. Esta misma interrogante se plantea en el marco del reconocimiento de las sentencias extranjeras (v. *Infra*).

En todo caso, se constata en la práctica que el razonamiento llevado a cabo por los jueces no corresponde siempre al esquema que acabamos de describir para el orden público internacional. En ciertos casos, el orden público internacional parece tener una función positiva de vinculación⁴⁴ y no únicamente una función negativa de evicción de una ley extranjera. Algunos autores emplean a este respecto la expresión "orden público de vinculación"⁴⁵. Podemos de esta forma preguntarnos si no existe otra vía de intervención del orden público, entre el orden público interno, la excepción de orden público internacional y las leyes de policía, que corresponda a un orden público positivo de designación reivindicando la competencia general del foro, todo con el fin de asegurar el respeto de imperativos que le son propios. La sentencia que ilustra mejor esta figura es un fallo dictado por la sala social de la Corte de Casación el 10 de mayo de 2006, que trataba precisamente la hipótesis de defensa de valores no mercantiles: un caso de esclavitud doméstica⁴⁶. Una mujer nigeriana había sido puesta a disposición de un empleador de nacionalidad inglesa con residencia en Nigeria. El trabajo se ejecutaba habitualmente en Nigeria, sin embargo, durante una estadía en Francia, la empleada se fugó y se presentó ante los tribunales franceses. La Corte de Casación admitió la competencia del juez francés y la aplicación de las leyes francesas estimando que "el orden público internacional

⁴¹ V. sobre este tema, N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit International privé*, Travaux du Credimi, vol. 29, Dijon, Litec, 2007, esp. N° 143 y ss.

⁴² Civ. 25 de mayo de 1948, Grands arrêts DIP, N° 19: "principios de justicia universal considerados en la opinión francesa como dotados de valor internacional absoluto"

⁴³ V. especialmente L. GANNAGÉ, "À propos de "l'absolutisme" des droits fondamentaux", in *Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 265 y ss.

⁴⁴ V. D. BUREAU y H. MUIR WATT, *Droit international privé*, tomo 2, Paris, PUF, 2007, N° 581, según el cual los "derechos fundamentales parecen en adelante impulsar más ampliamente una metodología estatutaria, al menos en la hipótesis de la creación de relaciones de familia y en todos aquellos campos en que se manifiestan fuertes diferencias legislativas" (original en francés)

⁴⁵ V. especialmente P. HAMMJE, "L'ordre public de rattachement", *Travaux comité fr. DIP*, séance du 23 noviembre 2007, por publicarse.

⁴⁶ *Rev. crit. DIP*, 2006, pp. 856 y ss.; nota de P. HAMMJE y E. PATAUT; *Journal du droit international*, 2007, pp. 531 y ss., nota de J. M. JACQUET; *JCP* 2008, II, 10121, nota de S. BOLLEE.

se opone a que un empleador pueda invocar las normas que rigen los conflictos de jurisdicción y de leyes para rechazar la competencia de las jurisdicciones nacionales y dejar sin efecto la aplicación de las leyes francesas en un diferendo que presenta vínculos con Francia, y que ha sido iniciado por un trabajador puesto a su servicio sin manifestación personal de voluntad y empleado en condiciones que han vulnerado su libertad individual". La Corte no investigó cuál era la ley aplicable para dejarla luego sin efecto en virtud de su oposición al orden público internacional. Tampoco impuso la aplicación internacional de una disposición francesa de derecho laboral calificado como ley de policía. Estimó que como se encontraban acreditadas tanto la vulneración de la libertad individual como la vinculación con Francia, el orden público internacional impide que el empleador pueda servirse de las leyes francesas de conflicto de leyes. Desde el punto de vista del fenómeno de la mercantilización, la sentencia es interesante. Demuestra que cuando la voluntad de resistencia es muy fuerte, el juez puede encontrar, incluso crear, en derecho internacional privado, los mecanismos que permitan defender los valores no mercantiles de su Estado. La referencia a la existencia de un vínculo con Francia nos parece particularmente sintomática desde este punto de vista. A decir verdad, ningún vínculo existía en la especie entre Francia y la relación jurídica que originaba el litigio, aparte de la presencia fortuita de los protagonistas en el territorio francés. Ninguna de las partes tenía nacionalidad francesa, ni su residencia habitual en Francia, y el contrato había sido concluido y ejecutado en el extranjero. El orden público internacional puede entonces constituir un instrumento eficaz cuando se trata de resistir a la mercantilización. Ha permitido a la Corte de Casación crear no solamente un factor de competencia del juez francés, sino también un factor de aplicación de la ley francesa.

2. Las leyes de policía

La noción de leyes de policía permite, según la nueva definición del reglamento N° 593/2008 Roma I, imponer una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento. Se trata de un instrumento importante para un Estado que busca defender sus valores no mercantiles. En todo caso, las evoluciones del derecho comunitario, especialmente en los diez últimos años, conducen hoy en día a un verdadero debilitamiento del rol de las leyes de policía, al menos en lo que se refiere a la aplicación de las leyes de policía nacionales. Esto no es necesariamente aplicable a las leyes imperativas del derecho comunitario. En efecto, desde el momento en que está en juego la aplicación de una regla de policía que tiene como fuente el derecho comunitario, las autoridades comunitarias recurren fácilmente a la aplicación de leyes de policía en sus relaciones con terceros Estados. Para con-

vencerse, basta citar el caso *Ingmar* de la CJCE del 9 de noviembre de 2000⁴⁷. Se puede también pensar, aun cuando no se trata de la técnica de las leyes de policía en sentido estricto, en la disposición que se inserta habitualmente en las directivas de derecho del consumo, a la imagen del artículo 6 §2 de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, conforme a la cual “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado no perteneciente a la Unión, como derecho aplicable al contrato, cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Unión”. Por el contrario, el manejo generoso de la calificación de leyes de policía no beneficia a las legislaciones nacionales de los Estados miembros. La constatación de su debilitamiento se explica, a nuestro parecer, por dos factores principales.

Por una parte, la CJCE controla la aplicación de las leyes de policía nacionales con respecto a la libertad de circulación en el seno del mercado interior. Numerosas explicaciones existen en materia de derecho del trabajo⁴⁸. Se puede también pensar en la controvertida sentencia *Blood*, pronunciada por la Court of Appeal en 1997⁴⁹. En este caso, un juez inglés autorizó a una viuda británica a recurrir a una inseminación *post mortem* en Bélgica, en condiciones prohibidas por el derecho inglés, bajo el fundamento de la libre prestación de servicios. El razonamiento del juez inglés fue objeto de variados cuestionamientos, sin embargo, el caso revela claramente la manera cómo la libertad de circulación puede potencialmente impedir la aplicación de una ley de policía nacional. Un Estado no puede, en consecuencia, exigir el respecto de sus leyes de policía nacionales sino cuando dicha aplicación no constituye una traba a la libre circulación: la aplicación de las leyes de policía debe encontrarse justificada por razones imperiosas de interés general y no debe ser discriminatoria; la razón imperiosa de interés general no debe estar garantizada por la legislación del Estado miembro de origen y la aplicación de la ley de policía debe ser proporcionada al objeto perseguido. Se ha podido escribir, con un cierto exceso, que en estas condiciones jamás las reglas imperativas, que los Estados querrían hacer respetar, tendrán la posibilidad de prevalecer por sobre las libertades dadas a las partes⁵⁰. No creemos que la situación actual sea tan extrema. Sin embargo, el test de ausencia de trabas constituye un freno real a la aplicación de las leyes de policía nacionales en las relaciones intracomunitarias.

⁴⁷ *Rev. Crit. DIP*, 2001, pp. 107 y ss. nota de L. IDOT; *Journal du droit international*, 2001, pp. 511 y ss. nota de J. M. JACQUET.

⁴⁸ V. en especial CJCE, 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, *Rev. crit. DIP*, 2000, pp. 710 y ss., nota de M. FALLON, *Journal du droit international*, 2000, p. 493, nota M. LUBY.

⁴⁹ V. *supra*.

⁵⁰ “L’Union européenne, sa démocratie et l’État de droit: lettre ouverte au président de la République”, *JCP* 2006, ed. G, p. 2313.

Por otra parte, el nuevo reglamento N° 593/2008 Roma I consagra un declive importante en el terreno de la aplicabilidad de las leyes de policía extranjeras. Mientras que la Convención de Roma permite su aplicación facultativa, sin distinción, el nuevo texto la limita a las leyes del Estado del lugar de ejecución del contrato, es decir, solamente en la medida en que ellas vuelven la ejecución del contrato ilegal. Este declive es deplorable. Un ejemplo proveniente de la mercantilización de bienes culturales permite demostrarlo: un contrato de seguros fue suscrito con el fin de garantizar el transporte de bienes culturales de interés nacional desde Nigeria hacia Alemania, en un momento en que la exportación de estos bienes estaba prohibida por el derecho nigeriano. El contrato de seguros se regía por el derecho alemán, según el cual dicho contrato era perfectamente lícito. El *Bundesgerichtshof* anuló, sin embargo, el contrato de seguro haciendo referencia a la prohibición de exportación impuesta por la ley nigeriana⁵¹. Nigeria no era el lugar de ejecución del contrato de seguro, lo que significa que el nuevo artículo 9 §3 del reglamento 593/2008 Roma I no permite en el futuro este tipo de aplicación de la ley extranjera⁵².

Este declive del reglamento 593/2008 Roma I en materia de leyes de policía extranjeras demuestra que la noción de leyes de policía, así como la excepción del orden público internacional, permite sobre todo proteger los valores fundamentales del Estado del foro. La capacidad de un Estado de defender sus valores fundamentales depende en consecuencia de la identidad del juez llamado a resolver el caso. Las reglas de conflicto de jurisdicciones constituyen así un tema fundamental para la efectividad de estas técnicas de resistencia a la mercantilización.

B. La efectividad de las reglas imperativas: el tema del conflicto de jurisdicciones

En el caso de un litigio, la identidad del juez llamado a resolver el asunto determina la posibilidad del Estado de resistir a la mercantilización. Ya hemos podido constatarlo cuando examinamos las soluciones dadas bajo el fundamento de la regla de conflicto. Esta constatación es aun más decisiva por el juego de la excepción del orden público internacional y de las leyes de policía, esto tanto en el momento de someter el litigio a un juez como en el momento de reconocer una sentencia dictada en el extranjero.

⁵¹ BGH, 22 de junio de 1972, *BGHZ*, t. 59, pp. 82 y ss.

⁵² A decir verdad, no está claro que el nuevo artículo 9 del reglamento Roma I deba ser entendido como una interdicción de considerar una ley de policía extranjera distinta de aquella del lugar de ejecución. Si no se trata de una prohibición, el declive operado por el reglamento Roma I sería sobre todo simbólico y sin un real ámbito de aplicación práctico.

1. La instancia directa

En la instancia directa se plantean dos cuestiones importantes. ¿Los criterios de competencia permiten la competencia de un juez del Estado que desea defender sus valores no mercantiles? Y si la regla de competencia existe, ¿es imperativa, opcional, puede ser eludida por las partes por medio de una cláusula atributiva de jurisdicción?⁵³ Para responder a estas preguntas es necesario partir de la constatación de que, normalmente, el litigio versa sobre un contrato. Por otra parte, la regla del conflicto de jurisdicciones en materia contractual ofrece una opción al demandante. Pongamos por ejemplo la extracción de las glándulas pituitarias (v. *supra*), simplificando un poco los hechos: supongamos que no existe cláusula compromisoria y que la operación consiste en el suministro, por la parte húngara, de las glándulas, en contrapartida de una remuneración pagada por la parte suiza. Si se califica el contrato como una venta, el juez competente es, según el Reglamento N° 44/2001 Bruselas I (o de la Convención de Lugano en su versión del 30 de octubre de 2007), a elección del demandante, el tribunal del domicilio del demandado (artículo 2) o el tribunal del lugar de entrega de las glándulas y de la identidad del demandado. Si la entrega tiene que tener lugar en Suiza, en la sede del comprador, el demandante suizo podrá elegir entre las jurisdicciones de los dos países, mientras que el demandante no podrá invocar los tribunales suizos. Desde el punto de vista del Estado húngaro, que busca resistir a la mercantilización de los productos del cuerpo humano, se constata que en la primera hipótesis la competencia de sus tribunales no es sino una rama de una opción, mientras que en la segunda hipótesis esta competencia no está en ningún caso prevista. Por otra parte, si un juez suizo es el llamado a resolver el caso, la excepción del orden público internacional no podrá ser invocada en favor de los valores húngaros. Y toda regla imperativa húngara se presentará para el juez suizo como una regla de policía extranjera. Su aplicación es entonces facultativa y en el marco del reglamento N° 593/2008 Roma I (que no es aplicable en Suiza), ni siquiera se encuentra contemplada, porque en nuestro ejemplo Hungría no es el lugar de ejecución del contrato. Sin embargo, Hungría es el país de origen de las glándulas, el país de la extracción y el país de establecimiento del deudor de la prestación característica. Estos vínculos con Hungría parecen suficientemente fuertes como para que dicho Estado pretenda legítimamente imponer el respeto de sus valores fundamentales. La única posibilidad que le queda al Estado húngaro es oponerse al reconocimiento de la sentencia suiza. En todo caso, nada podrá hacer si la sentencia es enteramente ejecutada en Suiza.

Conviene entonces agregar que en materia contractual las partes tienen de todas formas la facultad de estipular una cláusula atributiva de jurisdicción

⁵³ En cuanto al recurso al arbitraje, las comunicaciones de J. B. RACINE y de L. RAVILLON en E. LOQUIN & A. MARTIN, *Droit et Marchandisation*, Credimi, Dijon, Litec, 2010.

conforme al artículo 2 del Reglamento N° 44/2001 Bruselas I. Sólo las razones expuestas en el artículo 22 impiden esta cláusula. La existencia de una ley de policía no es parte de ellas, salvo en materia de protección de la parte más débil, consumidor, trabajador, aseguradora, en que un régimen específico *in favorem* ha sido adoptado⁵⁴. En derecho común, la Corte de Casación ha proclamado solemnemente este principio en una sentencia de la primera *chambre civile* de 22 de octubre de 2008⁵⁵. Así, hoy en día se encuentra claramente establecido que la presencia de leyes de policía no es un obstáculo a la existencia de una cláusula atributiva de jurisdicción que designe a un juez extranjero, lo que en la práctica permite a las partes escapar a la aplicación de una ley.

Junto a estas dificultades ligadas al carácter liberal de las reglas de conflicto de jurisdicciones, puede existir otra ligada a la ausencia total de regla de competencia. En efecto, ¿qué hacer cuando los criterios de competencia no permiten establecer la competencia de los tribunales de un Estado que desea imponer el respeto de sus valores no mercantiles? En la medida en que normalmente los derechos fundamentales están en juego, soluciones excepcionales han sido adoptadas. Ya estudiamos la sentencia de la *chambre sociale* de la Corte de Casación de 10 de mayo de 2006, relativa a un caso de esclavitud doméstica. La mujer en cuestión no tenía ninguna posibilidad de obtener una protección jurídica de sus derechos fundamentales en el derecho nigeriano. En estas condiciones, admitir la competencia del juez francés podía vincularse con la noción de denegación de justicia⁵⁶. En efecto ninguna regla de competencia ordinaria existía en Francia para este litigio que oponía extranjeros que residían en el extranjero en relación a un contrato que no incluía ninguna ejecución en Francia. Esta respuesta de la jurisprudencia francesa es en todo caso excepcional y marginal. Por el momento, el derecho francés no ha consagrado una competencia universal en materia civil a imagen de la jurisprudencia americana, que permite entregar indemnizaciones a las víctimas de violaciones a los derechos humanos.⁵⁷ La imprecisión de la solución consagrada por el fallo de 2006 pudo

⁵⁴ Artículos 13, 17, y 21 del Reglamento 44/2001, Bruselas I.

⁵⁵ V. JCP 2008, éd. G, II, 10187, note de L. d'AVOUT; *Rev. crit. DIP*, 2009, p. 69; D. BUREAU, H. MUIR WATT, "L'impérativité désactivée?", *Rev. crit. DIP*, 2009, pp. 1 y ss.; *Journal du droit international*, 2009, pp. 599 y ss. note M. N. JOBARD-BACHELLIER, F. X. Train; *D.* 2009, p. 200, obs. F. JAULT-SESEKE.

⁵⁶ V. sobre este tema V. RETOMAZ, B. VOLDERS, "Le for de nécessité: tableau comparatif et évolutif", *Rev. crit. DIP*, 2008, pp. 225 y ss.; D.P. FERNÁNDEZ AROYO, "Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales", *Rec. cours La Haye*, 2006, tome 323, pp. 9 y ss., y especialmente pp. 71 y ss.

⁵⁷ Los tribunales estadounidenses admiten su competencia bajo el fundamento de la simple presencia temporal de una persona física en el territorio americano: C. KESSEDJIAN, "Les actions civiles pour violation des droits de l'homme. Aspects de droit International privé", *Travaux comité fr. DIP*, 2002-2004, pp. 151 y ss; H. MUIR WATT, "Privatisation du contentieux des droits de l'homme et vocation universelle du juge américain: les actions en justice des victimes de l'Holocauste devant les tribunaux des États-Unis", *RID comp.*, 2003, pp. 883 y ss.; V. también las contribuciones sobre "La réparation des préjudices liés à l'Histoire", en *Les limites de la réparation du préjudice*, París, Dalloz, 2009.

inquietar a algunos autores⁵⁸, sin embargo nos parece poco probable que pueda expandirse como una bola de nieve.

Nos queda por estudiar cómo un Estado puede defender sus valores no mercantiles cuando un juez extranjero ha sido llamado a resolver el caso y que el reconocimiento de su sentencia es solicitado en su territorio.

2. La instancia indirecta

El derecho comunitario ha ejercido aquí también un efecto de liberalización, con el objetivo de crear un espacio judicial común en el cual las sentencias puedan circular libremente. Esto se manifiesta particularmente en el marco del procedimiento de exequátur. Éste, si no ha sido aún suprimido absolutamente, no subsiste sino de forma bastante simplificada. En particular, el juez requerido ya no ejerce ningún control de fondo en primera instancia.

En cuanto a las condiciones de regularidad, el control de la ley aplicada deja de ser un criterio tanto en el derecho comunitario como en el derecho común, luego de su reciente abandono por parte de la Corte de Casación⁵⁹. El fraude tampoco ha sido retenido en el derecho comunitario. Por el contrario, en el derecho común permite sancionar el hecho de iniciar un juicio en el extranjero con el principal objetivo de invocar la sentencia en el país donde se vive, el cual habría negado su pronunciamiento si hubiesen sido sus jueces los llamados a resolver el litigio. El fraude es, sin embargo, difícil de probar sobre todo cuando el litigio tiene un vínculo caracterizado con el país extranjero. El principal motivo de rechazo que interesa desde el punto de vista de la mercantilización, es así la contrariedad al orden público del Estado requerido. Se trata de una noción que se encuentra fuertemente encuadrada. En derecho comunitario, esta contrariedad debe ser manifiesta, inaceptable y la CJCE controla los límites en el marco de los cuales el juez de un Estado miembro puede recurrir a ella⁶⁰. En derecho común, el orden público interviene, en principio, solamente en su forma atenuada, lo que conduce a admitir ciertos efectos de situaciones que no habrían podido ventilarse directamente delante de un tribunal del Estado requerido. Una evolución se produjo en todo caso estos últimos años, cuando lo que está en juego son los derechos fundamentales. En este caso, una atenuación de la intensidad del orden público es difícilmente aceptable. Por esta razón, en la instancia indirecta, el orden público de proximidad se substituye cada vez más frecuentemente al efecto atenuado del orden público. Esto significa que cuando los derechos fundamentales están en juego, el orden público

⁵⁸ V. especialmente P. HAMMIE, "L'ordre public de rattachement", *Travaux comité fr. DIP*, sesión de 23 noviembre 2007, por publicarse.

⁵⁹ Civ. 1re, 20 febrero 2007, Cornelissen, *Rev. crit. DIP*, 2007, p. 420, note B. ANCEL y H. MUIR WATT; *Journal du droit international*, 2007, p. 1194, note F. X. TRAIN.

⁶⁰ V. P. MAYER, V. HEUZE, *Droit International privé*, Paris, Montchrestien, 2007, N° 393.

actúa con pleno efecto desde el momento en que las partes tienen un vínculo substancial con el orden jurídico del foro.

Retomemos nuestro ejemplo relativo a los productos del cuerpo humano extraídos en Hungría y vendidos a un comprador suizo. Hemos visto que la instancia directa tenía muchas posibilidades de ventilarse ante el juez suizo. Si la ejecución de la sentencia tuviese que llevarse a cabo en Hungría, el juez húngaro debería tener la oportunidad de oponerse bajo el fundamento de la vulneración del orden público, al menos cuando la prohibición de una remuneración forma realmente parte de los valores fundamentales de ese orden jurídico, lo que no corresponde, sin duda, al caso; ya que en la presente situación varias autoridades húngaras habían dado su consentimiento para el suministro de las glándulas.

Retomemos el ejemplo del uso de una madre de alquiler americana por parte de una pareja francesa. En un caso muy mediatizado, juzgado por la Corte de Apelaciones de París el 25 de octubre de 2007, una sentencia californiana había conferido a la pareja de franceses la calidad de padre y madre de los niños portados por la madre de alquiler⁶¹. Sobre esta base, las actas de nacimiento fueron establecidas en California y el litigio se refería a la transcripción en los registros de estado civil franceses. La Corte consideró que la no transcripción tendría consecuencias contrarias al interés superior de los niños, quienes conforme al derecho francés se verían privados del acta de estado civil que indica su vínculo de filiación, comprendiendo en éste, el del padre biológico⁶². Esta solución no nos parece ineluctable. Pensamos que el derecho internacional privado permite oponerse a la transcripción considerando que tanto la sentencia como el acta de nacimiento eran contrarias al orden público internacional. En efecto, la prohibición de recurrir a un vientre de alquiler corresponde a un valor tan fundamental para el orden jurídico francés, como para imponerse aun cuando se haga valer el orden público en su efecto atenuado. Y si razonamos en relación al orden público de proximidad, la conclusión debe ser la misma, puesto que los vínculos con el orden público francés son significativos en el caso de una pareja de nacionalidad francesa domiciliada en Francia. En estas condiciones, no podemos sino felicitar la sentencia modificatoria dictada por la misma Corte de Apelaciones el 26 de febrero de 2009⁶³. En efecto, la jurisdicción parisina consideró, en el caso de una madre de alquiler, completamente comparable con la precedente, que la prohibición de la gestación por otro forma parte de la concepción francesa del orden público internacional y que el rechazo del

⁶¹ *Journal du droit International*, 2008, pp. 145 y ss., nota de G. CUNIBERTI.

⁶² La sentencia fue objeto de una casación bajo el fundamento de una cuestión de procedimiento: Civ. 1re, 17 de diciembre 2008, *Rev. crit. DIP*, 2009, p. 320, note P. LAGARDE, *Journal du droit International*, 2009, pp. 577 y ss. nota de S. BOLLEE.

⁶³ *Gaz. Pal.* 2009, N° 94, p. 21 y las conclusiones de F. ROUCHERFAU; *D.* 2009, 1566, obs. F. JAULT-SESEKE.

reconocimiento no puede ser considerado como un desconocimiento ni del artículo 8 de la CEDH, ni del interés superior del niño.

Sin perjuicio de nuestro acuerdo con esta solución, no podemos evitar exponer una duda en cuanto a la compatibilidad de esta solución con los derechos fundamentales, teniendo en cuenta la última jurisprudencia de la CEDH. La situación es bastante paradójica, puesto que, normalmente, los derechos fundamentales intervienen más bien para sostener o apoyar una postura de resistencia a la mercantilización y no para prohibirla. La particularidad reside aquí en el cuestionamiento del interés de un niño. Es lo que podría resultar de la sentencia de la CEDH de 28 de junio de 2007, *Wagner c. Luxembourg*⁶⁴. Los hechos de este litigio no concernían la mercantilización, sin embargo, basta modificarlos imaginando no una adopción en el extranjero, sino una convención de madre de alquiler, para que la sentencia nos interese directamente. ¿La solución consagrada por la CEDH conduce a imponer a un Estado como Francia el reconocimiento de una filiación establecida en el extranjero luego de un recurso, lícito según las reglas locales, a una madre de alquiler?

Para responder, retomemos las etapas sucesivas del razonamiento de la Corte Europea. Considerando el respeto de la vida privada y familiar, el artículo 8 de la CEDH es aplicable desde el momento en que los vínculos familiares existen *de facto*. Es suficiente entonces que los padres que solicitaron el servicio de vientre de alquiler, se comporten con respecto al niño como sus padres. De ello se desprende la obligación del Estado de permitir que este vínculo familiar se desarrolle y de entregar una protección jurídica que haga posible la integración del niño en la familia. Rechazar el reconocimiento podría ser calificado como una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar. ¿Esta injerencia puede estar justificada? No sólo eso, ella se encuentra prevista en la propia ley (V. Art. 16-7 CC). Persigue un objetivo legítimo, especialmente permitir la protección de la salud o de la moral, así como proteger los derechos y las libertades de otro. En cuanto a la necesidad de este rechazo del reconocimiento en una sociedad democrática, distintos factores deben ser tomados en cuenta. Un estudio de derecho comparado no permite decir, contrariamente a lo que pasa en el caso *Wagner*, que el reconocimiento está permitido en la mayoría de los Estados contratantes. Sin

⁶⁴ *Rev. crit. DIP*, 2007, p. 807, nota de P. KINSH; *Journal du droit International* 2008, p. 183, nota de L. d'AVOUT. Una madre soltera luxemburguesa había obtenido una sentencia de adopción plena en Perú, de un niño peruano declarado abandonado. El juez luxemburgués rechazó el exequátur de la sentencia en función de la ley aplicada en Perú, que no era ni idéntica ni equivalente a la ley aplicable según la regla de conflicto luxemburguesa. En efecto, esta última somete las condiciones de adopción a la ley nacional de la madre. Por otra parte, la ley luxemburguesa prohíbe la adopción plena por parte de una persona soltera. Luego la madre recurrió a la Corte europea de derechos del hombre pretendiendo que el rechazo del exequátur constituía una violación de los artículos 8 y 14 de la CEDH. La Corte ha acogido esta doble demanda.

embargo, la situación puede evolucionar en un futuro próximo. Igualmente en forma contraria al caso Wagner, no será posible invocar nuevamente la buena fe de los padres adoptivos que se pudieran fundar en una práctica anterior de la administración francesa de tolerancia frente a las convenciones relativas a las madres de alquiler. Otra diferencia con el caso Wagner se refiere al motivo del rechazo del reconocimiento. Las autoridades de Luxemburgo se fundaron en el control de la ley operado por el juez peruano. En Francia, este motivo de control fue abandonado. El rechazo deberá fundarse necesariamente en la contrariedad con el orden público internacional. Por otra parte, este motivo revela una resistencia mucho más significativa del Estado requerido que busca defender uno de sus valores fundamentales. Estos últimos elementos pueden hacer creer, en este estado del razonamiento, que el rechazo del reconocimiento de una filiación establecida en el extranjero como consecuencia de una convención de madre de alquiler, ya no es contraria al artículo 8 CEDH. Sin embargo queda aún por apreciar el argumento decisivo de la Corte europea desprendido del interés superior del niño. Su interés debe primar en este tipo de asuntos y las obligaciones positivas del Estado en el marco del artículo 8 deben interpretarse entonces a la luz de la Convención relativa a los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989. El niño fue abandonado por la madre de alquiler y la filiación fue establecida en el extranjero respecto de la madre que solicitó los servicios. Una realidad social existe. El niño arriesga soportar en su vida cotidiana inconvenientes derivados del hecho de que su integración completa en la vida familiar se ve impedida. Al final, no es seguro que un Estado que sea parte de la CEDH pueda realmente oponerse a las consecuencias jurídicas de la convención de madre de alquiler concluida en el extranjero.

En cuanto al Consejo de Estado, él ha propuesto recientemente una solución atenuada⁶⁵. Sin cuestionar la prohibición de la práctica de la madres de alquiler, propone que la situación jurídica de los niños así nacidos en el extranjero se disponga de manera tal que no sean castigados por el hecho de que sus padres biológicos recurrieron a una práctica prohibida en Francia. El Consejo de Estado estima que la transcripción de las sentencias de adopción pronunciadas en el extranjero no puede llevarse a cabo, pero que se puede reconocer la filiación paterna del niño con respecto a su padre biológico y aceptar una delegación compartida de la autoridad parental por parte del padre biológico con la madre que solicitó los servicios. En efecto, una situación intermedia como ésta debería ser considerada conforme al artículo 8 de la CEDH, permitiendo a Francia, al mismo tiempo, mantener su oposición a esta manifestación particularmente chocante del fenómeno de la mercantilización.

⁶⁵ Estudio del Consejo de Estado del 6 de mayo de 2009, *La revisión des lois de bioéthique*.

Conclusiones

En conclusión, podemos recordar cómo, el año 2001, Paul Lagarde había analizado el rol del derecho internacional privado frente a la bioética: “cuando hay contradicciones filosóficas tan grandes, no veo muy bien lo que podría hacer el derecho internacional con sus grandes pezuñas, intentando coordinar legislaciones que no tienen nada que ver unas con otras. (...) Tengo la impresión de que si lográramos ponernos de acuerdo en un vínculo, en una ley, este vínculo sería inmediatamente desplazado por el orden público o por leyes de policía de distinta naturaleza”⁶⁶. ¿Estas palabras no son válidas para el conjunto del fenómeno de la mercantilización?

En efecto, el estudio del problema de la calificación reveló que ninguna solución es realmente ideal y que no es por la vía de las categorías de vinculación existentes que el Estado puede imponer el respeto de sus valores no mercantiles. Si se desea que el derecho internacional privado pueda ofrecer instrumentos de resistencia eficaces, es necesario imaginar soluciones originales. La mirada debe realizarse por temas, en función de las distintas manifestaciones de la mercantilización, porque el fenómeno no puede ser aprehendido en sus globalidad a través de una solución única. Una concertación en el seno de la Unión Europea parece constituir una etapa indispensable para que los valores no mercantiles puedan ser defendidos con rigor frente a los terceros Estados. Y, de todas formas, sólo una armonización de los principios elementales puede reducir las posibilidades de elusión que ofrecen las normas de conflicto de jurisdicciones. Sobre esta base, podemos imaginar una regla de conflicto con coloración material. Puede tratarse en primer término, de una regla de conflicto cumulativa, que someta la licitud de una práctica a lo que las dos leyes aplicables admiten. Pensamos particularmente en la aplicación de la ley del contrato combinada con la ley personal de las partes, para las prestaciones que implican el cuerpo humano. En seguida, puede tratarse igualmente de una nueva disposición de la regla de conflicto en materia contractual, con el fin de reducir la autonomía de las partes, como en los contratos de consumo o de trabajo. Por otra parte, puede también concebirse una regla de conflicto unilateral, especialmente en el caso de armonización material, con el fin de asegurar un cierto campo de aplicación internacional de una legislación comunitaria imperativa relativa a una determinada actividad. Por último, en otros casos, una buena solución puede encontrarse en el terreno de la cooperación entre las autoridades administrativas de los Estados implicados, como lo muestra el ejemplo de la Convención de la Haya relativa a la adopción o el de la directiva 2007/65 sobre las actividades de radiodifusión televisiva.

Estas soluciones pueden permitir una resistencia a la mercantilización. Sin embargo, somos realistas. En ciertos temas, como aquel de las madres de al-

⁶⁶ *Travaux comité fr. DIP, 2000-2002, p. 73.*

quiler, no creemos que un Estado pueda resistir ni a largo ni a mediano plazo. ¡El deseo de tener hijos por parte de las parejas estériles es tan fuerte! ¡Y la práctica se ha banalizado enormemente por el hecho de su admisión por parte de un número no despreciable de Estados! ¡La tecnología realiza progresos asombrosamente rápido! Aun cuando, en la próxima revisión de las leyes sobre bioética, la adopción simple no se aceptara respecto de la madre que solicitó los servicios, es probable que este obstáculo sea eliminado en la revisión siguiente. La mundialización trae consigo inevitablemente una liberalización que opera progresivamente, primero en las mentes y luego en las reglas jurídicas.