

Régimen de responsabilidad en el transporte de cargas en la hidrovía y necesidad de unificación del Derecho marítimo en el Mercosur

(Responsability in cargo transportation by sea or river and the need for unification of Maritime Law in Mercosur)

Aguirre Ramírez, Fernando¹
Universidad Católica del Uruguay "Dámaso Larrañaga"
Facultad de Derecho
Parada 6 y 1/2
La Fôret y el Pinar
20000 Maldonado (Uruguay)

BIBLID [1138-8552 (1999), 14; 113-150]

El desarrollo de la Hidrovía Paraguay-Paraná plantea uno de los más grandes desafíos jurídicos y políticos, para el conjunto de países sudamericanos ribereños a los ríos mencionados (los cuatro miembros del Mercosur, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, más Bolivia). Lograr el desarrollo de un sistema integrado de libre navegación y transporte de mercaderías por vía fluvial desde el corazón de América del Sur a los puertos de ultramar en el Río de la Plata. Este estudio incluye un análisis de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos de cada estado y el derecho "comunitario" dentro del Mercosur y del alcance extensivo de las convenciones internacionales de unificación. Se trata de un problema de mayor interés para todos los países empeñados en el proceso universal de unificación del derecho marítimo, que excede el tema específico de la unificación del derecho de la navegación en el ámbito de la Hidrovía y el Mercosur.

Palabras Clave: Hidrovía Paraguay-Paraná. Unificación del Derecho de la navegación en el Mercosur. Problemas que plantean las Convenciones de unificación de normas.

Paraguay/Parana Ibaidearen garapenak erronka juridiko eta politiko handienetako bat planteatzen du bi ibai horien urbazterreko hegoamerikar herrialde multzoari (Mercosureko lau kideak –Argentina, Brasil, Paraguai eta Uruguai– eta Bolivia). Hegoamerikaren bihotzetik Río de la Platako itsasoz haraindiko portuetarainokoa, nabigazio eta salgaien garraio askeko sistema integratu bat garatu behar baita. Estatu bakoitzeko ordenamendu juridikoen eta Mercosur barneko "elkarte"-zuzenbidearen arteko erlazioak aztertzen ditu lan honek, nazioarteko bateratze-hitzarmenen norainokoa ere barne hartzen duelarik. Ibaide eta Mercosur-en eremuan nabigatzeko eskubidea bateratzeko gai berezi hori gainditzen duen interes handieneko arazoa dugu berau, itsas zuzenbidea bateratzeko prozesu unibertsalean saiatzen ari diren herrialde guztiei dagokiena.

Giltz-Hitzak: Paraguai/Parana Ibaide. Nabigazio Zuzenbidea bateratzea Mercosur-en. Arauk bateratzeko Hitzarmenek planteatzen dituzten arazoak.

Le développement de l'autoroute fluviale Paraguay-Parana lance un des plus grands défis juridiques et politiques pour l'ensemble des pays sud-américains riverains des fleuves mentionnés (les quatre membres de Mercosur, Argentine, Brésil, Paraguay et Uruguay, plus la Bolivie). Parvenir au développement d'un système intégré de libre navigation et transport de marchandises par voie fluviale depuis le coeur de l'Amérique du Sud jusqu'aux ports d'outre-mer du Río de la Plata. Cette étude inclut une analyse des relations entre les ordonnances juridiques de chaque état et le droit "communautaire" au sein de Mercosur et de la portée extensive des conventions internationales d'unification. Il s'agit d'un problème d'intérêt majeur pour tous les pays engagés dans le processus universel d'unification du droit maritime, qui dépasse le cadre spécifique de l'unification du droit de la navigation dans le domaine de l'autoroute fluviale et de Mercosur.

Mots Clés: Autoroute fluviale Paraguay-Parana. Unification du Droit de la navigation dans le Mercosur. Problèmes posés par les Conventions d'unification des normes.

1. Profesor Adjunto de Derecho de los Transportes en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay (UCUDAL)

1. INTRODUCCIÓN ACLARATORIA

El tema que plantea el título de este trabajo exige una aclaración preliminar: no existe tal cosa como un derecho uniforme que regule el “régimen de responsabilidad en el transporte de cargas en la Hidrovía” ni menos en el Mercosur.

Por lo tanto lo más que podemos aspirar es a dar un panorama de los diversos regímenes de derecho positivo vigentes (de fuente nacional y de fuente internacional) y de los problemas que su superposición crea a los intérpretes y operadores.

Obviamente también excedería los márgenes posibles de este trabajo el pretender dar un panorama del contenido del derecho positivo vigente en cada uno de los países miembros. Ello exigiría por lo menos varias semanas de clase por cada país.

A lo único que podemos aspirar es a plantear el problema, pasando revista a las normas que regulan los posibles (y constantes) conflictos de leyes, y a las normas de fuente interna e internacional que resultan aplicables.

2. LA HIDROVIA: UN SISTEMA INTEGRADO DE LIBRE NAVEGACIÓN Y TRANSPORTE DE MERCADERÍAS POR VÍA FLUVIAL

2.1. Marco normativo y ámbito de aplicación

El Acuerdo de Santa Cruz de la Sierra sobre Transporte Fluvial por la Hidrovía Paraguay-Paraná, constituye uno de los instrumentos de integración económica más importantes celebrados por los países del Cono Sur.

Mediante el mismo se intenta lograr un sistema integrado de libre navegación y transporte de mercaderías que habilite el uso de una vasta cuenca fluvial (cuyos costos operativos son notoriamente inferiores a los del transporte terrestre) en forma de dar salida al mar a la producción de una región que integra el corazón mismo del continente. Este instrumento fue el resultado de una serie de reuniones y negociaciones diplomáticas que llevaron más de veinte años, y cuyo antecedente podría ubicarse en la reunión de Cancilleres de la Cuenca del Plata celebrada en Buenos Aires en 1967, que emitió una declaración que señalaba la necesidad de promover “el desarrollo armónico y equilibrado de la región de la Cuenca del Plata en beneficio de los intereses comunes de sus países y de sus pueblos”.

La VII reunión de Cancilleres de la Cuenca del Plata se realizó en Santa Cruz de la Sierra en diciembre de 1991 y en el mismo se aprobó el Acuerdo de Transporte Fluvial por lo que se le denominó en adelante “Acuerdo de Santa Cruz de la Sierra”.

Este acuerdo fue elevado a los gobiernos y en junio de 1992 los cinco cancilleres suscribieron en Las Leñas el Acuerdo de Transporte Fluvial de la Hidrovía y sus seis Protocolos Adicionales.

El Acuerdo de Santa Cruz de la Sierra fue depositado en ALADI en julio de 1992.

Uruguay y Bolivia optaron por ponerlo de inmediato en vigencia utilizando el mecanismo de los Acuerdos de Alcance Parcial de ALADI, lo que traería sus problemas a posteriori.

Argentina, Paraguay y Brasil optaron por ratificarlos por vía legislativa.

En enero de 1995 la Secretaría General de ALADI recibió la última notificación de ratificación y declaró el tratado en vigor².

El Tratado de la Hidrovía se integra de un Acuerdo base y seis Protocolos complementarios y tiene un marco normativo no carente de complicaciones desde su propia enunciación.

El Título oficial es "Acuerdo" y no Tratado; ello se debe posiblemente a la intención de sus redactores de ponerlo en vigencia en el marco de ALADI y por el mecanismo de los "acuerdos" de dicho organismo. El tema ha causado algunas dificultades relativas al problema de la "reserva de la ley" en cada país y respecto a qué se puede hacer por acuerdos interadministrativos entre los Poderes Ejecutivos y qué es lo que debe pasar por el Parlamento.

Los conflictos siguen con la siguientes palabras del propio título, en la medida que intenta definir el ámbito de aplicación: se llama "Acuerdo de la Hidrovía Paraguay-Paraná. Si fuera así terminaría en el Río Paraná a cientos de kilómetros del océano Atlántico. Algún sector en Argentina ha intentado excluir el Alto Paraná de la aplicación del acuerdo³.

Obviamente un acuerdo que se limitara a la navegación Paraguay-Paraná sería poco práctico, por ello el título agrega entre paréntesis (Puerto Cáceres-Nueva Palmira). El primero queda en el corazón de Brasil, el segundo en el río Uruguay (que el título no menciona); parece indudable que comprende el río Uruguay (aunque no fuera en toda su extensión sino solamente en el punto de salida de la Hidrovía Paraguay-Paraná), ya que sino no tendría razón de ser la participación de nuestro país en el emprendimiento.

Es notorio que la participación de Uruguay siempre estuvo motivada por el interés de proyectar a Nueva Palmira como puerto de salida de la producción del centro del continente, interés compartido por Paraguay y especialmente por Bolivia, que han desarrollado acuerdos de utilización de las facilidades portuarias de ese lugar en la costa uruguaya. Obviamente esa utilización afecta intereses enormes en Argentina y ha planteado constantes conflictos de interpretación (no es ajeno a este problema en tema de la habilitación del canal Martín García y su dragado, que finalmente se ha acordado con Argentina no sin antes vencer la oposición cerrada⁴ de los mismos grupos de interés).

El punto más álgido respecto al ámbito de aplicación fue la posición Argentina –ahora sí expresamente planteada y sostenida en forma irreductible– en el sentido de que el Acuerdo de la Hidrovía no incluía el Río de la Plata.

Debemos compartir la opinión de González Cuñarro cuando comenta: *"El Río de la Plata consideramos también que integra desde el punto de vista geográfico e hidrológico la Hidrovía. No puede concebirse este sistema de ríos internacionales sin que el mismo tenga*

2. Ver con respecto a los orígenes de la Hidrovía y su culminación en el Acuerdo de Santa Cruz de la Sierra, el comentario introductorio de la publicación de la Secretaría General de ALADI "Acuerdo de Santa Cruz de la Sierra sobre Transporte Fluvial por la Hidrovía Paraguay-Paraná (Puerto Cáceres-Nueva Palmira) y Sus Protocolos Adicionales" (Talleres Gráficos de ALADI Montevideo 1995).

3. Ariosto GONZALEZ cita la posición del Contralmirante argentino Fernando Milla criticando duramente esta posición desde el Boletín de Centro Naval de ese país, pero el sólo hecho de que la polémica se haya planteado es revelador de las resistencias enormes que el mismo ha generado en ciertos sectores de interés ("Principales Aspectos Jurídicos del Transporte Fluvial de la Hidrovía Paraguay Paraná", en *Revista Ateneo del Transporte*, Año 7, Setiembre 1997 N°19 pág. 27).

4. Ariosto GONZALEZ op.cit. pág. 29.

una salida al Océano Atlántico, al mar libre que se tiene que hacer forzosamente por el Río de la Plata. (...) Entendemos que en el Río de la Plata deben aplicarse, con las adecuaciones del caso, las soluciones que se alcanzaron en el Acuerdo de la Hidrovía pues se desvirtuaría la finalidad que se persiguió en este último, si en el Plata pudiesen ponerse trabas o gravámenes discriminatorios, o por el mero hecho de la navegación, o de alguna otra forma se encarecieran los costos que precisamente el Acuerdo trata de reducir”.

González Cuñarro propone la vía del art.11 del Tratado del Río de la Plata que si bien es un tratado bilateral argentino-uruguayo, establece la necesidad de permitir la libertad de navegación a los países ribereños de los ríos afluentes del mismo.

Coincide con esta conclusión el que la Hidrovía y su Acuerdo se hayan desarrollado como un derivado del Tratado de la Cuenca del Plata y ello es recordado en el mismo artículo 1º del Tratado cuando expresa: *“El presente Acuerdo tiene por objeto facilitar la navegación y el transporte comercial, fluvial longitudinal en la Hidrovía Paraguay-Paraná (Puerto Cáceres- Puerto de Nueva Palmira), en adelante “la Hidrovía”, en el ámbito del Tratado de la Cuenca del Plata, mediante el establecimiento de un marco normativo común que favorezca el desarrollo, modernización y eficiencia de dichas operaciones, y que facilite y permita el acceso de condiciones competitivas a los mercados de ultramar”.*

Por el art.3 se expresa que las disposiciones del acuerdo son aplicables *“a la navegación, el comercio y el transporte de bienes y personas que comprendan la utilización de la Hidrovía”* Obviamente se excluye el paso de buques de guerra o de embarcaciones con fines no comerciales, así como el transporte fluvial transversal fronterizo (o sea el que no usa el río longitudinalmente, sino que se limita a cruzarlo de un lado a otro para pasar la frontera).

2.2. Materias reguladas por el acuerdo de transporte fluvial por la hidrovía Paraguay-Paraná y sus protocolos

El Acuerdo de Transporte Fluvial por la Hidrovía Paraguay-Paraná (Puerto de Cáceres-Puerto de Nueva Palmira) regula las siguientes materias:

- el objeto y alcance del Acuerdo (arts. 1 a 3);
- la libertad de navegación en toda la Hidrovía de embarcaciones de las banderas de los Estados parte y de terceras banderas (arts. 4 y 5);
- la igualdad de tratamiento a las embarcaciones de bandera de los demás Estados signatarios (arts. 6 a 8);
- la libertad de tránsito por la Hidrovía de las embarcaciones, bienes y personas de los países signatarios, de transferencia de cargas, alije, transbordo y depósito de mercaderías en todas las instalaciones habilitadas a dichos efectos (art. 9);
- la reserva de carga regional a favor de los armadores de los países signatarios (art. 10);
- eliminación de la reserva de carga nacional, con exclusión del transporte de cabotaje nacional, que queda reservado a las embarcaciones de los respectivos países (art. 11);
- concepto de “armador de la Hidrovía” y regulación de su actividad (art. 12 a 15);
- eliminación de trabas y restricciones reglamentarias y de procedimiento que obstaculicen el transporte de bienes y personas y el comercio en la Hidrovía (art. 16);

- disposiciones relativas a los servicios portuarios, el desarrollo de las acciones de cooperación en materia portuaria y de coordinación de transporte intermodal, y los servicios auxiliares de navegación –practicaje y pilotaje– (art. 18 a 21);
- órganos del Acuerdo (El Comité Intergubernamental de la Hidrovía –órgano político- y la Comisión del Acuerdo –órgano técnico-, sus funciones y funcionamiento (art. 22 a 25);
- la solución de controversias (art. 26, que remite al Protocolo respectivo);
- la evaluación de los resultados alcanzados en el marco del Acuerdo y sus ajustes (art. 27 a 29);
- entrada en vigor del Acuerdo y sus Protocolos, posibilidad y condiciones de adhesión de los demás países miembros de ALADI, condiciones para su denuncia y disposiciones generales de estilo (arts. 30 a 36).

El art. 17 del Acuerdo establece que a fin de lograr el cumplimiento del mismo, *“los países signatarios convienen en celebrar, sin perjuicio de otros que sean oportunamente indicados, los siguientes Protocolos Adicionales”*

a) *Asuntos Aduaneros;*

b) *Navegación y Seguridad;*

c) *Seguros;*

d) *Condiciones de igualdad de oportunidades para una mayor competitividad;*

e) *Solución de Controversias; y*

f) *Cese Provisorio de Bandera.”*

2.3. El protocolo de navegación y seguridad

Estas normas se superponen con las normas de los Tratados de Montevideo, que vinculan a las mismas partes menos Brasil.

Esta problemática agrava los problemas que ya planteaban los propios Tratados de Montevideo, si tenemos en cuenta que ya los mismos implicaban una dificultad interpretativa grande desde que cuatro de los miembros (Argentina, Paraguay, Uruguay y Bolivia) eran ratificantes de los Tratados de 1889 y tres (Argentina, Paraguay y Uruguay) lo eran de los Tratados de 1940.

Posiblemente lo más sensato hubiera sido remitirse todos a los Tratados de 1940, pero ello contó con la oposición cerrada de Brasil por razones aparentemente de principio, pero difícilmente comprensibles si advertimos que al final se aprobaron una serie de textos casi idénticos a los de dichos tratados.

Podría decirse que el punto se puede dar por zanjado desde que la aprobación legislativa del nuevo tratado desplaza la aplicabilidad del anterior. Pues bien, dos de los países signatarios (Uruguay y Bolivia) decidieron no enviar el texto al parlamento y ponerlo en vigencia como “Acuerdo de Alcance Parcial” de ALADI.

Estos son acuerdos interadministrativos entre los gobiernos de los países miembros de dicha organización. Pero notoriamente los gobiernos no pueden hacer por acuerdo entre los Poderes Ejecutivos, lo que tampoco pueden hacer por meros decretos administrativos inter-

nos. Especialmente no pueden entrar la zona de reserva de la ley, ni derogar leyes anteriores, ni modificar tratados previamente ratificados por el Poder Legislativo.

Se dijo en su oportunidad que Uruguay y Bolivia tenían interés en que el Tratado de la Hidrovía entrara en vigor lo más rápido posible. El maestro Couture decía entre sus mandamientos que *“el tiempo se venga de las cosas hechas sin su ayuda”*. Y el abuso de la vía de los “Acuerdos de Alcance Parcial de ALADI” para saltarse el control parlamentario, en materia de Hidrovía y Mercosur amenaza con transformarse en una bomba de tiempo jurídica que impide a los interpretes saber a ciencia cierta qué es lo que está vigente y qué es lo que no está vigente en la región.

Más sensata ha sido la técnica seguida respecto a determinadas normas de fondo que regulan la seguridad de la navegación en la Hidrovía. En lugar de repetir normas de terceros tratados, el texto del Protocolo se remite a los mismos y los hace aplicables directamente entre las partes (claro que ello no soluciona el problema provocado por la decisión de poner el Acuerdo en vigencia sin pasar por el parlamento).

De cualquier forma podemos anotar que el Protocolo se remite a los siguientes convenios internacionales que regulan temas de fondo:

a) La seguridad de las embarcaciones (art. 10) se rige por el *“Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar de Londres 1974, más sus Protocolos y enmiendas”*. La indicación del nombre del tratado es imprecisa: el Convenio sobre Seguridad de la Vida Humana en el Mar (llamado SOLAS), en realidad es de Londres 1960, rigiendo además dos protocolos modificativos de Londres 1974 y Londres 1978 (a este último parece referirse la anotación un tanto imprecisa de *“Protocolos y enmiendas”*). Podrían haber otros protocolos en el futuro y la referencia genérica a ellos no dejará de plantear algunas dudas. Este Convenio (SOLAS 1960 y los Protocolos de 1974 y 1978) se encontraba vigente y ratificado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, pero no por Bolivia. Debe entenderse que el Protocolo de Seguridad lo pone en vigencia también para Bolivia dentro del ámbito fluvial del tratado.

b) El arqueo de embarcaciones se regula (art.11) por el Convenio Internacional sobre Arqueo de Buques de Londres 1969. En realidad no dice que rija sino que los países signatarios *“deben adoptar”*. Advertimos que el Convenio citado fue ratificado por Argentina, Brasil y Uruguay, pero no por Bolivia y Paraguay. El giro utilizado en el art. 11, que no es el mismo que el del art. 10 hace pensar que no entra en vigencia directamente sino que Bolivia y Paraguay se comprometen a ratificar dicho Convenio.

c) Las reglas generales para la navegación (art. 46) se rigen por el Convenio sobre Reglamento Internacional para Prevenir Abordajes (COLREG Londres 1972). El mismo constituye un verdadero reglamento de circulación, con leyes de tránsito y preferencia, además de las normas sobre iluminación, luces, etc. Su importancia para la seguridad de los transportes es esencial: ha sido ratificado por Argentina, Brasil y Uruguay. A partir de la sanción del Tratado de la Hidrovía parecería que dicho Reglamento rige para los cinco países en el área fluvial comprendida en la misma.

d) Respecto al régimen jurídico de los abordajes y accidentes marítimos el art. 61 establece que *“los países signatarios adoptan la Convención Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Abordajes Marítimos (Bruselas 1910)”*. Esta solución es, sin duda acertada, debiendo anotarse que de cualquier forma el Tratado en cuestión contaba con la ratificación de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, faltando únicamente la adhesión de Bolivia quien se integra al sistema De derecho uniforme por esta vía.

No obstante ello, la Convención de 1910 tiene una regulación limitada sobre el tema que hace necesaria una norma de conflicto. Una lógica mínima indicaba que debería haberse adoptado el sistema de los Tratados de Montevideo de 1940, salvo que se tuvieran discrepancias graves sobre las soluciones establecidas en los mismos. La oposición de Brasil hizo que simplemente se reprodujeran parcialmente, las normas del Tratado de Derecho de la Navegación Comercial Internacional (Montevideo 1940): el art. 62 lit.a del Acuerdo de la Hidrovía, reproduce el art. 5° del Tratado de Montevideo, se omiten los artículos 6° y 7° y sobre todo se omite el art. 8° que da la opción al actor para dirigirse a los tribunales del domicilio del demandado, o a los del puerto de matrícula del buque, o a los del puerto de primera arribada o donde hubiera sido embargado en razón del abordaje. Todas estas opciones lógicas y de aceptación universal se eliminan y darán lugar a litigios impredecibles en el futuro.

e) Siguiendo la misma línea, también el tema de las averías gruesas o particulares se regula en forma autónoma siguiendo en forma parecida el mismo artículo 62 a los arts. 15 a 19 del Tratado de Montevideo, pero sin mencionarlos.

f) Otra solución difícil de entender es la adoptada en materia de asistencia y salvamento. Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay son parte de la Convención Internacional para la Unificación de ciertas reglas en materia de Asistencia y Salvamento Marítimos de Bruselas de 1910.

En lugar de remitirse a ella, a fin de incorporar a Bolivia en el régimen general, tal como se hizo con la Convención de Bruselas de 1910 sobre Abordajes, el capítulo respectivo, la ignora: los artículos 40 a 43 la regulan en forma autónoma y terminan con un texto (el art. 43) titulado "*Normas de Derecho Internacional Privado*" que reproduce en forma parcial y mutilada el sistema de los artículos 12 a 14 del Tratado de Montevideo de 1940.

En principio se limita a disponer que "*las reclamaciones o acciones originadas por las operaciones de asistencia o salvamento e embarcaciones y bienes se registrarán por la ley del país en cuyas aguas jurisdiccionales se realicen dichas operaciones, como así también, entenderán los tribunales de ese país*". Todo lo cual parece sensato hasta que advertimos que se trata de operaciones que se realizan entre buques en movimiento en aguas fluviales limítrofes en las que no sólo puede ser difícil determinar donde comenzó la operación de asistencia, sino que la misma puede ir cambiando de lugar y cruzando fronteras mientras se realiza.

Para agregar un factor adicional de futura conflictividad, el texto limita la jurisdicción competente a la del país de los hechos (con todas las dificultades anotadas) y priva al actor de la opción concurrir a los tribunales del domicilio del demandado (opción aceptada en todos los sistemas de normas de conflicto) así como las opciones de concurrir a los tribunales del país de matrícula del buque auxiliado, o a los del primer puerto de arribada o escala, que se incluían sabiamente en el art. 13 del Tratado de Montevideo.

Se trata, por lo tanto, de un conjunto de normas de difícil comprensión y más difícil aplicación futura, que pueden dar lugar a litigios sin fin, absolutamente innecesarios.

Las normas del Protocolo de Navegación y Seguridad, sin duda son un loable intento de dar soluciones uniformes en la materia, lo que puede estar bastante bien logrado en la parte de técnica naval, pero introduce una serie de incongruencias de difícil interpretación en materia de derecho internacional privado y de derecho marítimo uniforme de fondo. Ni siquiera se advierte un criterio coherente en las técnicas de regulación y soluciones adoptadas en los diversos capítulos. Las mismas se acumulan variando de criterio de artículo a artículo como si hubieran sido redactados por comités de personas que actuaban no sólo separados sino en una total incomunicación entre sí.

3. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EN EL TRANSPORTE DE CARGAS EN LA HIDROVÍA

3.1. Ausencia de normativa específica

Ni el Acuerdo marco de la Hidrovía ni sus Protocolos Adicionales regulan el tema del régimen de responsabilidad en el transporte de cargas.

Debe recurrirse entonces a las normas de derecho internacional privado para determinar la competencia legislativa y judicial en la materia.

Argentina, Paraguay y Uruguay se encuentran vinculados por los Tratados de Montevideo de 1940, mientras que a su vez estos tres países lo están con Bolivia por los Tratados de Montevideo de 1889.

Brasil no es parte de ninguno de los referidos Tratados, por lo que debe recurrirse en su caso a las respectivas normas de derecho internacional privado de fuente interna (en Uruguay, el Apéndice del Código Civil). El día que se incorpore Chile al Mercosur, vamos a tener un quinto país (o un cuarto: Bolivia está en la Hidrovía pero no en el Mercosur, todavía) con el que tenemos vínculos de transporte marítimo pero que es ajeno a la Hidrovía. Tampoco tenemos Tratados de Derecho Internacional Privado ratificados con Chile.

3.2. Normas de conflicto de fuente interna e internacional vigentes en los estados parte –y asociados– del Mercosur o Hidrovía

Las normas de conflicto de fuente internacional vigentes en la región –con el alcance espacial ya señalado– son los Tratados de Montevideo. En defecto de estos, debe recurrirse a las normas de conflicto de fuente interna: el del Apéndice del Código Civil en Uruguay y el del Título Preliminar del mismo Código en Brasil y Paraguay.

En Argentina las normas de conflicto de derecho internacional privado marítimo se encuentran en un capítulo especial de su Ley de la Navegación.

En Chile el nuevo Título III de su Código de Comercio recientemente reformado, incluye normas de D.I.Pr. de conflicto, pero las normas de conflicto de derecho marítimo se encuentran distribuidas a lo largo del texto: cada capítulo contiene las normas de derecho internacional privado aplicables a cada institución.

Los países de la Hidrovía además tienen las normas de conflicto del Protocolo de Navegación y Seguridad, para averías, abordajes y otros problemas de la navegación con la problemática consiguiente.

3.3. Normas de conflicto de fuente internacional vigentes entre los estados parte –y asociados– al Mercosur o Hidrovía

El sistema de normas de conflicto de fuente internacional más importante en la región está dado por el citado Tratado de Derecho de la Navegación Comercial Internacional de Montevideo 1940.

El hecho de que vincule una a tres de los cinco países miembros de la Hidrovía y tres de los cuatro miembros del Mercosur, es suficiente para demostrar que los mismos constituyen la única base seria de partida para un futuro trabajo de unificación.

Si agregamos que el quinto miembro de la Hidrovía, Bolivia, es ratificante del Tratado de Montevideo de 1889, parece evidente que la oposición de Brasil a los mismos no es viable. Brasil podrá realizar las críticas que desee y nadie dice que el sistema sea perfecto. Todo lo contrario sería bueno, luego de sesenta años de redactados, que preparáramos un balance de qué es lo que funcionó bien y qué es lo que no funcionó en los Tratados de Montevideo. Pero todo el esfuerzo de unificación del sistema de normas de conflicto debe basarse en Montevideo. No tiene sentido desechar cosas que estuvieron redactadas por gente que sabía mucho de estos temas y que rigieron durante más de cuarenta años sin problemas y empezar de cero.

Por desgracia la sensación que deja la producción más reciente en materia de Convenios Internacionales regionales, es justamente que se trabaja dejando de lado la experiencia regional anterior. En ello influye, en parte, la resistencia de Brasil a mencionar siquiera los Tratados de Montevideo. Esta oposición sólo puede explicarse por motivos históricos referidos a la resistencia de Itamarati a la integración regional y a ratificar tratados que permitirían la aplicación de derecho extranjero a situaciones en las que estuvieran involucrados nacionales brasileños. Aunque uno podría pensar que tal actitud, hoy en día es obsoleta, no hay duda de que subsiste. Pero existe otro factor de resistencia al sistema de normas implementado por los Tratados de Montevideo para la solución de los conflictos de leyes en materia comercial y especialmente en materia de derecho de los transportes y ello sólo puede explicarse por una activa presencia de grupos de presión y de interés vinculados al propio transporte que desean impulsar reformas que consagren ciertos mecanismos de privilegio para sus miembros. En algunos casos, como el de la Hidrovía, es notorio que lo que influyó fue la posición de principio de Brasil contra los Tratados. En otros (el reciente y frustrado intento de aprobar un Acuerdo de Transporte Multimodal del Mercosur) la acción de grupos de interés que querían asegurarse un sistema de virtual irresponsabilidad es innegable.

Entretanto en transporte marítimo, el sistema de normas de conflicto de los Tratados de Montevideo es lo que tenemos como derecho internacional privado común y mal que le pese a Brasil parecería que es la alternativa más razonable y la principal fuente en la cual deberán inspirarse los intérpretes para dar solución a los casos concretos que se vayan suscitando.

La regla básica en materia de transporte, está dada por los arts. 25 a 28 del Tratado de Derecho de la Navegación Comercial Internacional de Montevideo de 1940. Tanto el fletamento, como el transporte de mercaderías y personas entre puertos de los diversos estados miembros, se rigen por la ley del lugar de ejecución del contrato, con la expresa aclaración de que "*Se entiende por lugar de ejecución el del puerto de descarga de las mercaderías o desembarco de personas*" (art.26).

Y por el artículo 28, son competentes para conocer en los respectivos litigios, los tribunales del lugar de ejecución, sin perjuicio de la alternativa de recurrir "*a opción del demandante*" a los tribunales "*del domicilio del demandado, siendo nula toda cláusula que establezca lo contrario*".

Esta doble regla (la de la ley y tribunal del lugar de destino y la de prohibición de la autonomía de la voluntad en la materia) responde a la mejor tradición americana y en especial a la mejor tradición argentino-uruguaya.

La solución de los Tratados de Montevideo es conocida internacionalmente como la "Regla de Buenos Aires" ya que fue la solución preconizada por la delegación argentina en la Conferencia de la International Law Association celebrada en Buenos Aires en 1922⁵.

5. Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE "La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Internacional" pág.57 -Ed. FCU Montevideo 1991.

La misma fue brillantemente defendida por los juristas argentinos Vico, Melo y González Gowland y fue luego consagrada por la brillante sentencia de la Suprema Corte argentina en el famoso caso *Compte c/ Ybarra*.

Esta solución fue también recogida por Vargas Guillemete en Uruguay al redactar el actual Apéndice del Código Civil (que es contemporáneo a los tratados de 1940) de los que Vargas fue negociador y redactor).

Por último, esta es también la solución consagrada por Malvagni en la Ley de Navegación. No existen opiniones maritimistas serias en la región que sostengan la conveniencia de abandonar ni la proscripción de la autonomía en un medio comercial en el que la autonomía no existe: lo contrario sería validar estipulaciones de adhesión impresas al dorso de los conocimientos de embarque, que nadie consintió. Tampoco existen opiniones que hayan fundado una oposición convincente a la solución de la ley y tribunal del lugar de destino como la ley y juez más conveniente.

Como decía Melo en 1922 la conclusión contraria implicaría: “...la irresponsabilidad de los navieros por las pérdidas y deterioros de las mercaderías”⁶.

La advertencia sobre la sabiduría de esta regla y la inconveniencia de la contraria no es vana, las presiones para que en la región abandone esta tradición es permanente y se ha puesto de manifiesto repetidas veces en forma reciente: gran parte de la negociación del Acuerdo de Transporte Multimodal del Mercosur se vio trabada por la pretensión de Brasil de validar las cláusulas de jurisdicción de los conocimientos (bajo la invocación de la autonomía de la voluntad pero sin argumentos razonables cuando se le replicaba que en materia de conocimientos de embarque la misma no existía). Finalmente Brasil abandonó, provisoriamente esta exigencia a cambio de que el tema quedaba para ser discutido en un futuro Protocolo de Jurisdicción en el Transporte.

La inclusión en la agenda de negociación de un proyecto de Protocolo sobre Jurisdicción en el Transporte está anunciada para los próximos meses y la necesidad de que la región no abandone las soluciones preconizadas por los maestros Gonzalo Ramírez, Vargas Guillemete y Quintín Alfonsín en Uruguay y Melo, Vico y Malvagni en Argentina se hace imperiosa.

Para terminar y volviendo al tema de la normativa vigente en materia de normas de conflicto en la región debemos anotar que en el ámbito marítimo mundial existen dos tratados al respecto que son las Convenciones de Bruselas de 1952 sobre Jurisdicción Civil en materia de Abordajes y Jurisdicción Penal en materia Abordajes.

Estas convenciones que fueron ratificadas por Argentina y Paraguay pero no por Brasil y Uruguay, por lo que parece imprescindible su puesta al día al respecto.

3.4. Normas materiales de fuente interna e internacional vigentes en los estados parte –y asociados– del Mercosur

3.4.1. NORMAS MATERIALES DE FUENTE INTERNA

Uruguay, Paraguay y Brasil, mantienen sus Códigos de Comercio originales. Como ya dijimos Argentina y Chile modernizaron sus textos de derecho positivo en materia marítima.

6. Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE op. cit. pág. 57 nota 306.

En Argentina ello se hizo mediante la sanción de la Ley de la Navegación en 1973. En Chile, el Libro III de su Código de Comercio (De la Navegación y el Comercio Marítimo) ha sido objeto de una reforma reciente y muy avanzada.

Es importante resaltar *que tres de los cinco países cuyo derecho relevamos (tres de los cuatro socios originarios del Mercosur) tuvieron un derecho marítimo común durante casi más de un siglo.*

La fecunda labor de los gigantes de la codificación del siglo XIX se vio premiada por este resultado extraordinario que será difícil volver a lograr.

Recordemos que los Decretos leyes (Nº 816 y 817 de 26 de mayo de 1865) que promulgaron el Código de Comercio uruguayo, se limitaban a declarar en vigencia en el territorio nacional el Código de Comercio de la Provincia de Buenos Aires.

Las posteriores reformas y actualizaciones en ambos países dejaron prácticamente intocado el Libro III referido al derecho comercial marítimo.

Su posterior adopción, casi sin cambios, por parte de Paraguay culminaron un feliz proceso de codificación en común, sin parangón en el resto del mundo.

Recién en 1973 la sanción en Argentina del proyecto de Ley de la Navegación preparado por Malvagni puso fin a esta uniformidad legislativa que aún comparten Uruguay y Paraguay.

Obviamente no debe leerse en esta anotación, una crítica a la imprescindible tarea de modernización del derecho marítimo emprendida por parte de Argentina. Por lo contrario, esa tarea nos impone un desafío a los demás países del área, no sólo de buscar la necesaria modernización, sino de no olvidarnos de la imprescindible uniformización del derecho que deberemos cumplir en un futuro cercano.

3.4.2. NORMAS MATERIALES DE FUENTE INTERNACIONAL

Es imposible comenzar un análisis del Derecho Internacional Marítimo existente y vigente sin referir previamente a los centros de producción de Convenciones y Tratados que trabajan activamente en la materia.

Entre los mismos, el primero y más importante lo ha sido desde hace ya un siglo el Comité Marítimo Internacional, cuya labor permanente por la unificación del Derecho Marítimo ha revestido una importancia singular, siendo el autor material de casi todo el sistema de Convenciones de Bruselas que regularon los más importantes temas de Derecho Marítimo internacional a lo largo del siglo XX.

Al mismo se ha sumado en 1948 la IMO (Organización Marítima Intergubernamental) autora de una enorme cantidad de instrumentos y convenciones entre los que resaltan las Convenciones sobre Seguridad de la Vida Humana en el Mar (SOLAS) por su importancia e imperiosa necesidad.

Y a esa tarea también se han sumado en los últimos veinte años las Naciones Unidas, las que con el aporte de UNCTAD han sido responsables de las Reglas de Hamurgo de 1978 sobre Transporte de Mercaderías por Mar y de las últimas convenciones para la prevención de la contaminación marina.

Para pasar una revista somera a las Convenciones de Derecho Internacional Marítimo y de Unificación de Reglas de Derecho Marítimo que cuentan con la ratificación de alguno de los países de la región, debemos enumerar:

a) Convención de Bruselas 1910 para la Unificación de Ciertas Reglas en materia de Asistencia y Salvamento Marítimo: la misma fue ratificada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Por lo tanto ya tenemos derecho unificado en la materia. Obviamente Bolivia no ha ratificado la mayoría de las convenciones internacionales de derecho marítimo, lo que es explicable por ser un país carente de salida al mar, pero esta situación se revierte a partir de su integración a la Hidrovía y su ratificación de las convenciones de derecho unificado de aceptación universal es imperiosa.

b) Convención de Bruselas 1910 para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Abordajes: tienen las mismas ratificaciones Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

c) Convención de Bruselas de 1924 para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque: la misma fue ratificada solamente por Argentina y Paraguay dentro del Mercosur, pero ha sido ratificada por Bolivia desde 1982 (ésta es la única convención internacional de derecho marítimo ratificada por Bolivia). La unificación del derecho marítimo regional pasa obviamente por su ratificación también por Uruguay y Brasil, no obstante no debe perderse de vista que esta Convención redactada en términos conceptuales notoriamente anglosajones y sería de difícil comprensión e integración con nuestro sistema jurídico de raíz continental si no se la acompañara de una simultánea actualización del derecho interno. Argentina ya cumplió con esa tarea, gracias al genio de Malvagni, mediante la aprobación de la Ley de Navegación, hace ya veinticinco años. Parecería que la región debería estar pensando en un Código de Derecho Marítimo regional o por lo menos en una convención sobre derecho del transporte de mercaderías por agua. No debe olvidarse que la reciente modernización por Chile del capítulo respectivo de su Código de Comercio fue acompañada de la ratificación de las Reglas de Hamburgo de 1978 (una regulación mucho más completa del derecho del transporte de mercaderías por mar que la que surge de la Convención de Bruselas de 1924). Por todo ello, los pasos futuros en esta materia deben sopesarse cuidadosamente.

d) Convención de Bruselas de 1926 sobre Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Hipotecas y Privilegios Marítimos: la misma fue ratificada por Argentina, Brasil y Uruguay. Es un instrumento imprescindible para la modernización del derecho marítimo y la incorporación a nuestros sistemas romanistas del concepto de "lien" anglosajón (privilegio real que sigue al buque aunque cambie de propietario y prefiere a la hipoteca) es su principal mérito. Debería ser ratificada por Paraguay y Bolivia también.

e) Convención de Bruselas de 1952 para la Unificación de Ciertas Reglas sobre Embargo Preventivo de Buques: esta Convención sólo ha sido ratificada por Paraguay en la región. Se trata de un esfuerzo extraordinario de coordinar un instituto anglosajón el "arrest" (que es el derecho del acreedor con derecho real –lien– sobre el buque a inmovilizarlo hasta que le den garantías de pago de la deuda) con el embargo preventivo continental (algo de lo que carecían los países del "common law" hasta fecha muy reciente). Parecería que es el complemento necesario de la Convención de Privilegios e Hipotecas pero sorprendentemente el único país ratificante de la Convención de 1952, Paraguay, es también el único que no ratificó la Convención de 1926. Creo que ambas deberían ser ratificadas por todos los países de la región. No obstante ello Argentina no tiene problemas al respecto, por cuanto la modernización de su derecho interno lograda por Malvagni al aprobarse la Ley de la Navegación le permite contar con una regulación eficaz del tema arrestos y embargos preventivos de buques. La legislación de Uruguay en cambio es absolutamente obsoleta y las trabas existentes para la detención de un buque de bandera extranjera hacen bastante difícil e insegura la situación de los acreedores.

f) Por último debemos mencionar la Convención de Naciones Unidas de Hamburgo de 1978 sobre Transporte de Mercaderías por Mar, que solamente ha sido ratificada por Chile pero que nos va a plantear un desafío en el esfuerzo de unificación cuando Chile se integre en el Mercosur.

4. TIPOS DE NORMAS Y COORDINACIÓN DE FUENTES

4.1. El problema de la identificación de la fuente normativa aplicable al caso

En el ámbito académico y fundamentalmente en la práctica, se plantean una serie de problemas relacionados con la identificación de la fuente aplicable al caso, así como con la coordinación y armonización de las distintas fuentes existentes en la materia de que se trate.

En otras palabras, el abogado y el juez enfrentados a un caso concreto, deberán resolver el problema que implica identificar la fuente de derecho aplicable de entre la pluralidad existente en relación al punto a estudio.

Pueden coexistir normas de fuente internacional (Tratados o Convenciones) y normas de fuente interna (leyes), y dentro de los procesos de integración, además, aparece una tercera categoría que es el derecho comunitario; todas estas a su vez pueden contener reglas materiales o de conflicto. El aplicador del derecho deberá determinar si aplica el tratado internacional, sus normas de fuente interna, o la normativa comunitaria existente sobre el tema.

4.2. Ejemplo: pluralidad de fuentes relativas al transporte multimodal

Veamos, por ejemplo, lo que ocurre en el campo del transporte multimodal. En las tentativas de regulación de la compleja problemática generada por estas nuevas formas operativas del transporte, los países del Mercosur han ido superponiendo normas y proyectos en forma un tanto caótica.

Brasil fue durante mucho tiempo el único que había aprobado una ley interna regulando el transporte multimodal⁷ (Ley Nº 6288 de 11 de diciembre de 1975).

Argentina aprobó una ley de transporte multimodal en enero de 1998⁸. Dicha promulgación no es ajena al fracaso del llamado Acuerdo de Transporte Multimodal del Mercosur que fue aprobado en Ouro Preto pero que el Parlamento argentino parece haber rechazado de plano y cuyo accidentado destino en Uruguay, veremos a continuación.

Al mismo tiempo, tres de los cuatro países originarios del Mercosur se encuentran vinculados por el Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940. El mismo incluye, en sus artículos 14 a 16, la regulación del transporte terrestre y

7. Cfe. RADOVICH Jorge M. "Análisis Crítico sobre Acuerdo de Transporte Multimodal Internacional de Mercosur" (*Revista de Transporte y Seguros* Nº10 p. 176. FCU 1997).

8. Entre las múltiples tentativas para lograr una regulación del tema, debe mencionarse como la primera y una de las más valiosas, el Proyecto de ley-tipo de transporte multimodal de mercaderías de Córdoba, presentado en el Simposio Internacional de 1987 por el Instituto de Derecho Aeronáutico y Espacial de las Telecomunicaciones de Córdoba, bajo la dirección del Dr. Romeo Basaldúa. El mismo ha sido inexplicablemente dejado de lado, y debería ser una referencia ineludible para cualquiera de las repetidas tentativas actuales de lograr una ley uniforme. Ver a este respecto: *Transporte Multimodal, Simposio Internacional de Córdoba*, p. 227, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1988.

mixto (o sea multimodal), con normas que dan una regulación adecuada al tema y que han funcionado en forma exitosa por más de cuarenta años.

En el ámbito internacional, Naciones Unidas ha respaldado la Convención de Ginebra de 1980 sobre Transporte Multimodal. Si bien la misma ha logrado escaso número de adhesiones, los conflictos que podrían llegar a plantear su ratificación son previsibles⁹.

A estos tratados internacionales y normas internas se ha sumado una norma comunitaria. Los países del Mercosur redactaron un "Acuerdo de Transporte Multimodal entre los Estados Parte del Mercosur". Si se examina el mismo, vemos que no sólo pretende regular en transporte multimodal "entre los Estados Parte", sino todo el transporte multimodal internacional que ingrese o salga de la región. Este Convenio fue aprobado en la VII Reunión del Consejo del Mercado Común de Ouro Preto, se lo desglosó y se pretendió ponerlo en vigencia como Acuerdo de Alcance Parcial. O sea se intentó darle el carácter de norma comunitaria y no de tratado internacional. Esta tentativa de ponerlo en vigencia sin ratificación parlamentaria, fue impugnada de nulidad e inconstitucionalidad en Uruguay ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. El mismo ha decretado la suspensión de la vigencia del Decreto 299/95 (que aprobó el Acuerdo de Alcance Parcial) mientras dura el trámite.

Para complicar más el panorama la Reunión de Ministros de Transporte y Obras Públicas de América del Sur celebrada en Montevideo en diciembre de 1996, aprobó un nuevo Convenio de Transporte Multimodal Internacional, ahora para toda América del Sur y también se comprometieron a ponerlo en vigencia como Acuerdo de Alcance Parcial de ALADI.

Si todas estas normas –ya aprobadas o por aprobarse– llegaran a estar en vigencia, la posibilidad de los intérpretes de llegar a desentrañar los problemas de identificación y coordinación de fuentes sería utópica. Es por eso que parece importante llamar la atención acerca de la necesidad de alcanzar, en palabras de la profesora Berta FEDER¹⁰, "*una infraestructura normativa que garantice un quantum mínimo de previsibilidad y de certeza a los operadores económicos, estatuto que haría viable y a la vez actuaría como incentivo del intercambio comercial*".

En este mismo sentido, FERNÁNDEZ ARROYO¹¹ recomienda al legislador tener en cuenta la enorme complejidad que van adquiriendo los sistemas de DIPr. a efectos de hacer más inteligible y práctico el funcionamiento del sistema. Sostiene que "*es ineludible la clarificación del sobrecargado y a veces confuso panorama normativo*".

Por su parte, sostiene JAYME que la existencia de una pluralidad de fuentes, característica de los sistemas jurídicos actuales, requiere la búsqueda de una solución a los conflictos que pueden nacer entre ellas. Y plantea que disponemos de dos vías de solución para esos conflictos: darle prevalencia a una fuente sobre la otra, estableciendo una cierta jerarquía entre ellas, o buscar una forma de coordinarlas, inclinándose a favor de ésta última.

9. Ver al respecto: Revista de Transporte y Seguros N° 4, FCU. Montevideo, 1991, "El transporte terrestre y el transporte multimodal: De los Tratados de Montevideo de 1889 a la CIDIP IV de 1989", F. Aguirre y C. Fresnedo.

10. FEDER, Berta, "La codificación de derecho internacional privado en el ámbito del Mercosur", en *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, N° 1, p. 116.

11. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., "El derecho internacional privado en el Mercosur: Hacia un sistema institucional?", en *Temas de D. Internacional Privado y de D. Comunitario*, *Revista Uruguaya de D. Constitucional y Político*, UCUDAL, 1997, p. 98 y 123.

Y concluye con una afirmación interesante: *“la solución de los conflictos de leyes emerge como resultado de un diálogo entre las fuentes más heterogéneas. Los derechos del hombre, las constituciones, las convenciones internacionales, los sistemas nacionales: todas estas fuentes no se excluyen mutuamente; se “hablan” la una a la otra. Los jueces están obligados a coordinar esas fuentes escuchando lo que ellas dicen.”*¹²

4.3. Coexistencia de la Fuente Nacional y de la Internacional: Algunos ejemplos prácticos

Parece innegable que dentro de nuestra disciplina coexisten fuentes estatales e internacionales¹³. Algunas relaciones internacionales son objeto de regulación internacional, a través de normas de fuente internacional, pero las que no lo son quedan sometidas al DIPr. de fuente nacional (art. 1 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr. y art. 524 CGP).

No obstante, por más que se ha avanzado en el proceso de codificación internacional y regional del derecho internacional privado, así como en la elaboración de soluciones uniformes, restan todavía una amplia gama de materias no comprendidas en dichas soluciones internacionales. En otras palabras, subsisten relaciones privadas que conforman el *commercium* internacional que no han sido objeto de regulación internacional. Además, ocurre en muchos casos que aún existiendo una regulación de fuente internacional, la misma no resulta aplicable por no estar comprendido el caso de que se trata en el ámbito de aplicación espacial o temporal del tratado o convención.

La realidad comercial y en especial la marítima suelen producir ejemplos de extrema complejidad, donde el juez actuante deberá, a partir de su ordenamiento jurídico (convenciones internacionales ratificadas y normas de derecho internacional privado de fuente interna), identificar la fuente aplicable al caso.

El tema de planteo judicial más frecuente en materia de derecho marítimo se refiere, sin duda, a la regulación del transporte de mercaderías por agua. En este tipo de casos las soluciones suelen no ser sencillas y el correcto planteo de los hechos es imprescindible para la determinación de la normativa aplicable.

Repetimos que además de las normas de derecho interno de cada país, tenemos diferentes Convenciones internacionales ratificadas: Argentina y Paraguay¹⁴ adhirió al sistema de las Reglas de La Haya (Convención de Bruselas de 1924 para la Unificación de Ciertas Reglas sobre los Conocimientos de Embarque). Chile por su parte ratificó las del Convenio de Naciones Unidas sobre Transporte Marítimo de Mercaderías (Hamburgo, 1978). Uruguay y Brasil no ratificaron ningún tratado sobre la materia.

En el caso del buque Río Blanco¹⁵, se trataba de un transporte de mercaderías de Montevideo a Asunción por vía fluvial, planteado ante un tribunal uruguayo. Aplicando como

12. JAYME, op.cit., p. 259.

13. Mariano AGUILAR NAVARRO, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, T. I, 4ª Ed., p. 446 y Jorge R. TÁLICE, “Objeto y Método en el Derecho Internacional Privado”, FCU, Montevideo, 1990, p. 32. Ver también opinión de Didier OPERTTI, “El DIPr. Contemporáneo. Temas, Objeto y Funcionamiento; Aplicación Directa.” VIII Curso del Comité Jurídico Interamericano, p. 360.

14. Ver *Derecho Internacional Marítimo del Mercosur* Tomo I p. 65.

15. “*Royal Insurance c/ Flota Mercante del Estado (República del Paraguay), buque Río Blanco, JLC-5, Sent. 230 del 30/8/91*” (consentida). RTYS 5, caso 68, p. 44.

norma de conflicto el art. 26 del Tratado de la Navegación Comercial Internacional, Montevideo, 1940, el juez debió aplicar la ley “del puerto de la descarga de las mercaderías”, esto es, el derecho paraguayo.

El juez entendió que el derecho paraguayo aplicable (o sea el derecho positivo material interno vigente) no era el Código de Comercio, sino la Convención de Bruselas de 1924; es decir que consideró que la ratificación de la Convención Internacional para la Unificación de ciertas Normas sobre Conocimientos de Embarque derogaba al derecho interno en los puntos regulados por la Convención. En otras palabras, la ratificación de la Convención de unificación hacía que ella pasara a formar parte del derecho interno paraguayo, sustituyendo a aquellas normas nacionales preexistentes que se le opusieran. En especial, consideró derogados los artículos 1079 y 1080 del Código de Comercio de Paraguay, idénticos a nuestros artículos 1256 y 1257, en cuanto exigen una inspección judicial de la carga.

Esta posición ha sido prácticamente unánime en caso de transportes fluviales desde puertos uruguayos a puertos argentinos o paraguayos.

Otros casos pueden ser más complejos: en los juicios generados en torno al *sinistro del buque Río Los Sauces*¹⁶, fueron varios tanto los órdenes jurídicos afectados como los Tratados involucrados. El buque Río Los Sauces descargó una carga de sulfatos en El Callao, Perú, y sin limpiar bien la bodega, cargó en la misma una partida de algodón con destino a Montevideo. En el viaje de Perú a Uruguay sufrió un incendio, debiendo realizar una arribada forzosa en un puerto chileno en el estrecho de Magallanes. De allí se dirigió a Buenos Aires, donde declaró avería gruesa (Argentina era el país de bandera y matrícula del buque), y luego viajó a Uruguay, donde descargó el cargamento de algodón con serios daños provocados por incendio y mojadura.

En los juicios subsiguientes, los dos juzgados de primera instancia y un tribunal de apelaciones uruguayos que intervinieron, coincidieron en señalar que tratándose de un transporte de Perú a Uruguay, debía aplicarse el Tratado de la Navegación Comercial Internacional de Montevideo de 1889, el que si bien da competencia para conocer en los juicios sobre averías particulares, a “*los tribunales del país en que se entrega la carga*” (art. 24), se remite, como ley aplicable respecto a las mismas, a la “*ley del contrato de fletamento*” (art. 22), lo que por remisión al art. 14 hace aplicable a “*la ley del domicilio de la agencia marítima*” que realizó el contrato.

Esto nos lleva al lugar de celebración y no al de cumplimiento, que hubiera sido lo habitual en nuestro sistema. Ello hizo aplicable la Convención de Bruselas de 1924 (Convención ratificada por Perú). Los tribunales intervinientes no hicieron lugar a las alegaciones de avería gruesa (que se hubieran regido por la ley argentina, tanto en el Tratado de 1889 –art.19– como en el de 1940 –art.15–) en aplicación de la Regla D de las Reglas de York-Amberes 1950 incorporadas al Conocimiento de Embarque. Se entendió que de conformidad con la parte final de dicha Regla, la declaración de avería gruesa no impedía las acciones por responsabilidad por parte de los propietarios de la carga dañada. En cuanto a las acciones por contribución a la avería gruesa –deducidas en vía de reconversión– se entendió que en todos los órdenes jurídicos afectados (Uruguay, Argentina y Perú) la culpabilidad en la generación del hecho causal del incendio (incorrecta limpieza de la bodega que quedó con-

16. Ver: “*Nessembern Assurantien B.V. c/ ELMA*”, buque Río Los Sauces, JLC-11, Sent. 343 del 30/12/87” (con-sentida). RTYS 4, caso 44, p. 9.; “*Royal Insurance c/ ELMA*”, buque Río Los Sauces, JLC-10, Sent. 255 de 25/7/86; TAC-3, Sent. 396 de 14/12/87. RTYS 1, caso 1, p. 9.

taminada de azufre) impedía al armador pretender imputar a una avería gruesa los daños causados y los gastos de salvataje incurridos.

En general, en todos los casos en los cuales, los tribunales uruguayos asumen jurisdicción (por considerarse al armador domiciliado en Uruguay)¹⁷ en litigios generados sobre daños a la carga en contratos de transporte con lugar de cumplimiento en el extranjero, la solución también puede plantear algunas complejidades. No existiendo tratado vinculante con dichos estados, la aplicación necesaria de nuestro propio sistema de normas de conflicto internas (art. 2399 del Código Civil) nos lleva al derecho del país de lugar de cumplimiento. En estos casos la interpretación unánime ha sido la de aplicación de la Convención de Bruselas de 1924 (si el país de destino es ratificante) y no del derecho interno del país de entrega de la carga (ver infra nota 14).

Un ejemplo aún más complejo lo dan los casos en los cuales el lugar de entrega de la carga es un país no ratificante de Bruselas, pero cuyos tribunales admitirían la aplicación del derecho al cual se remite el conocimiento de embarque, en función de la autonomía de la voluntad.

El caso del buque Xiang Cheng¹⁸ se refirió a un transporte entre Uruguay y China, con lugar de entrega en este último país. El tribunal uruguayo interviniente entendió que la remisión al derecho chino por aplicación de los artículos 2399 y 2401 del Código Civil no hacía aplicable el derecho marítimo interno de este país, sino la Convención de Bruselas de 1924, aún cuando ni Uruguay ni China la habían ratificado. En la medida en que se acreditó que los tribunales chinos hubieran admitido como válida la remisión a ésta última que figuraba en el conocimiento, la disposición del art. 2401 C. Civ. hacía aplicable esta convención y no el derecho material interno chino.

Otros ejemplos bastan para advertir la extensión y complejidad que esta problemática puede llegar a tener.

La Convención de Bruselas de 1910 sobre Asistencia y Salvamento, la Convención de Bruselas de 1926 para la Unificación de ciertas normas en materia de Privilegios e Hipotecas Marítimas y los derechos internos de los Estados parte de la Convención:

Supongamos que un barco pesquero uruguayo se encuentra en peligro y es auxiliado por un barco pesquero argentino. De acuerdo con la Convención de Bruselas de 1910 sobre Asistencia y Salvamento (de la que los dos países son parte) el barco que auxilió al pesquero en peligro, tiene un crédito por asistencia o salvamento. El derecho a cobrar un salario de salvamento no sólo lo reconoce la convención internacional de la que los dos Estados son parte, sino también el derecho interno de cada uno de ellos.

Ahora bien, vueltos a puerto, supongamos que el buque salvado está gravado con una hipoteca naval a favor de un banco uruguayo. Si el banco lo saca a remate y se cobra, podría no quedar nada para pagar el crédito por salvamento.

17. Ver: "Royal International c/ Flota Mercante del Estado" buque Río Negro, JLC 14 Sent. N° 763 de 29/2/9; TAC 2 Sent. 391 de 22/12/89. RTYS 4 Caso N° 45 p.13. "La Mannheim c/ Italia Di Navigazione SPA" buque Cala Atlántica - JLC 2 Sent. N°2726 de 8/4/88. RTYS 2 caso 16 p.36. "Royal International c/ Flota Mercante del Estado" buque Río Blanco JLC 5: Sent. N°3120 de 17/5/88, TAC 6: Sent.321 de 9/10/89. RTYS 3 Caso N° 28 p.9. "Royal International c/ Nedlloyd Lines- buque Nedlloyd Napier. JLC 4 Sent. 16.370 de 30/12/88 TAC 3 Sent. 76 de 25/6/90 RTYS 3 Caso 29 p. 12.

18. "La Mannheim c/COSCO, buque Xiang Cheng, JLC 17 Sent. N° 42 de 24/10/94, TAC 3 Sent. N°88 del 12/2/96". RTYS 10, caso 1887 p. 107.

Este ejemplo no es meramente teórico, por el contrario, la necesidad de salvaguardar los derechos de los que arriesgan sus bienes y hasta su vida e incurrir en gastos para salvar una nave, es algo que se advirtió tempranamente en todas las legislaciones. No sólo los créditos por salvamento, sino una gran cantidad de créditos marítimos –que existe interés en asegurar– se volverían ilusorios no sólo porque la gran mayoría de buques salen hipotecados del propio astillero que los construyó, sino porque sería muy fácil eludir a los acreedores inventando un acreedor hipotecario o cambiando la sociedad anónima que figura como propietaria¹⁹.

En la constante tarea de unificación del derecho marítimo que emprendió en este siglo el Comité Marítimo Internacional, se advirtió tempranamente la necesidad de unificar el derecho en este punto. Si los créditos por salvamento fueran ilusorios y no pudieran cobrarse, no habría interés en arriesgar bienes y vidas en un salvamento.

Aquí no sólo están en juego los principios e intereses del derecho marítimo (incentivar el salvamento de naves en peligro es uno de ellos) sino que si la tesis de la prioridad de los derechos del acreedor hipotecario prevaleciera, ello sería en perjuicio de los propios acreedores hipotecarios que perderían los mismos bienes contra los que tienen garantía de cobro.

Por ello es que en Bruselas en 1926 se llegó a aprobar la Convención Internacional para la Unificación de ciertas normas en materia de Privilegios e Hipotecas Marítimas.

Su título ya es un dolor de cabeza para los intérpretes: la versión oficial es en francés e inglés y el texto francés dice “privilèges et hypothèques”. Sin duda privilegios e hipotecas parece una adecuada traducción de dicha expresión francesa, si no fuera porque el otro texto oficial, en inglés, se refiere a “liens a mortgages”. Ninguna de las dos categorías tienen equivalente en idioma jurídico continental.

Es curioso señalar que el primer precedente de estudio del tema en el Comité Marítimo Internacional se planteó en la Conferencia de Hamburgo de 1902 bajo el título de “Les conflits de loi en matière de propriété de navires, d'hypothèque et droits réels”²⁰.

En alguna altura del proceso de elaboración que llevó a la Convención de 1926 se comenzó a traducir “liens” por “privilèges”. Si examinamos la Convención veremos que al aprobar este texto de derecho positivo, los países romanistas introdujeron los “liens” en su derecho. Aunque se le llame privilegios no se trata de créditos privilegiados personales en el concurso. Se trata de derechos reales contra la nave. Los créditos protegidos por la Convención prefieren a la hipoteca y persiguen al buque “en cualquier mano que pase” (art.8^o)²¹.

19. Los primeros en encontrar una solución a este problema fueron los anglosajones que desarrollaron para ello la noción de “lien”. La palabra “lien” ha sido indebidamente traducida como “privilegio”; en realidad los créditos privilegiados en derecho continental romanista son créditos personales dentro de un proceso concursal y el privilegio sólo indica el orden de prevalencia de cobro de dichos créditos personales en el concurso. Aunque en el “common law” no existe la distinción entre créditos personales y reales, la idea de “lien” en derecho marítimo corresponde a lo que nosotros conocemos como derecho real: un crédito marítimo beneficiado con un “lien” sigue a la nave aunque cambie de dueño y tiene preferencia sobre la hipoteca.

20. Cfe. BERLINGIERI Francesco “The Convention on Maritime Liens and Mortgages 1993” (CMI YEARBOOK 1996 - Documents of the Centenary Conference) pág. 225. El propio Berlingieri tiene problemas para traducir “droits réels” al inglés y habla de “preferential rights (i.e. maritime liens)” (Ed. Scandinavian University Press, Stockholm Suecia).

21. Cfe. AGUIRRE RAMIREZ Fernando “La Convención de Bruselas de 1926 sobre Privilegios e Hipotecas Marítimas desde el Punto de Vista de los Aseguradores Marítimos de la Carga” en *PRIVILEGIOS E HIPOTECAS MARI-TIMAS LEY N°13.855 Texto y Contexto* N°16 FCU Montevideo 1987.

Ahora bien, volviendo a nuestro caso, y siendo Uruguay y Argentina parte de la Convención de Bruselas de 1926, los créditos del buque salvador, estarían perfectamente garantizados, ya que siendo beneficiados por un "lien" (art.2.3º), el salvador cobrará sus créditos antes que el acreedor hipotecario. Y ello es positivo incluso para el banco acreedor, ya que si no existiera esta disposición nadie tendría interés en salvar los buques pesqueros uruguayos en peligro, en directo perjuicio del propio acreedor hipotecario.

Pero en alguna ocasión, buques pesqueros uruguayos fueron auxiliados por otros buques pesqueros uruguayos. En estos casos el banco uruguayo titular de la hipoteca sostuvo que tratándose de un problema interno uruguayo y no internacional, no regía la Convención de Bruselas de 1926 sino nuestro propio Código de Comercio. Ello permitía al banco cobrar primero como acreedor hipotecario y dejar a los demás acreedores personales sin nada en que cobrarse (el precio de remate nunca cubría la hipoteca) tuvieran o no tuvieran privilegios.

Esta solución irritantemente injusta implicaba un trato discriminatorio para los buques nacionales que arriesgaban su patrimonio y hasta la vida de sus tripulantes, en una operación de salvamento. Si aceptábamos que la "Convención para la Unificación de Ciertas Reglas..." no había unificado el derecho (o sea unificado los derechos internos de los Estados miembros) sino solamente aprobado un régimen de aplicación exclusiva a las relaciones internacionales entre Estados ratificantes, el banco acreedor en el caso, mantenía una ventaja injustificada cuando el auxiliante era de bandera nacional y además podía exigir la aplicación del derecho interno en una forma claramente contraria a la letra y el espíritu del derecho marítimo internacional unificado que la Convención había intentado crear.

El tema se plantea con frecuencia y no sólo en casos de salvamento. Veamos otros ejemplos.

Convención de Bruselas de 1926 para la Unificación de ciertas normas en materia de Privilegios e Hipotecas Marítimas la Convención de Bruselas de 1952 sobre Embargo de Buques de Mar y los derechos internos de los Estados parte de la Convención:

Spongamos que un buque intenta irse de puerto sin pagar los gastos de agencia y puerto. Se trata de un crédito privilegiado según la Convención de Bruselas de 1926 (arts. 2.1 y 2.5).

El acreedor solicita un embargo preventivo. Aquí se plantea otro problema de coordinación de normas y de unificación del derecho en el que los países de derecho continental llevaban una ventaja aparente a los anglosajones: los ingleses y americanos no conocieron el embargo preventivo hasta fecha muy reciente²². Sólo podían embargar un bien en vía de ejecución de sentencia. Los franceses en cambio utilizaban en estos casos la "saisie conservatoire" equivalente a nuestro embargo preventivo.

Desde luego, esta carencia no importaba a los maritimistas anglosajones, desde que habían desarrollado la teoría del "lien". Las acciones de derecho marítimo se titulan como "admiralty actions in rem" (los anglosajones deben usar la expresión latina "in rem" ya que no tienen término inglés para acciones reales) y ello posibilita al acreedor de la acción "in rem" a inmovilizar la cosa afectada por el "lien" en cualquier momento. Llamaban a esta ope-

22. DE MAN Marc "Remedios Extraordinarios en el Derecho Marítimo" *Revista de Transporte y Seguros* Nº10 pág.161 (FCU Montevideo 1997). Los británicos recién conocieron la posibilidad de obtener una medida cautelar similar a nuestro embargo preventivo a partir de la "Mareva Injunction" creada en vía jurisprudencial por Lord Denning en 1975.

rativa "arrest", que es lo más cercano al embargo preventivo que podían lograr y funcionaba sin inconvenientes y con una gran ventaja para los acreedores: tratándose de un mero ejercicio de un derecho a la cosa, implícito en la noción de "lien", se podía pedir y obtener sin dar contracautela (algo impensable en el procedimiento de embargo preventivo continental)²³.

En la búsqueda de un derecho unificado se llegó a la Convención de Bruselas de 1952 titulada "Convención Internacional Para la Unificación de Ciertas Reglas sobre el Embargo Preventivo de Buques". De nuevo aquí la versión francesa ("saisie conservatoire") y la inglesa ("arrest") utilizan como equivalentes expresiones que no son ni equivalentes, ni históricamente compatibles y se logra unificarlas por la vía de permitir a cualquier país ratificante, inmovilizar el buque deudor en puerto. Se trata de la "interdicción de salida" y no del "embargo: indisponibilidad de la propiedad de la nave" que conocemos nosotros. Notemos que los anglosajones están pensando en el "arrest" o sea en detener la nave deudora y el tema de que pueda cambiar de propietario les importa muy poco, ya que el "lien" persigue a la nave aunque cambie de dueño²⁴.

Ahora bien, Uruguay no ratificó la Convención de Bruselas de 1952, pero por fortuna nuestro derecho interno, aunque carece del concepto de "lien" tiene reconocida y consagrada la institución del "embargo preventivo". Así que el acreedor local, en el caso descripto podría lograr una medida cautelar de interdicción de salida por esta vía.

Normalmente el acreedor no pide el "embargo: indisponibilidad de la propiedad" (ya que tratándose de un buque de bandera extranjera su inscripción en el Registro de Buques nacional sería perfectamente inútil y sobre la posibilidad de inscribir tal embargo en el extranjero, la demora lo haría ilusorio) solamente pide el "arresto del buque"²⁵.

De cualquier forma el tema de un posible cambio de propietario del buque no debería inquietarlo ya que Uruguay, sí es parte de la Convención de Bruselas de 1926 sobre Privilegios e Hipotecas y dado que el crédito que se ejecutaba tenía un "lien" conforme la Convención y seguiría al buque "en cualquier mano que pase" (art. 8).

El acreedor cree que puede estar tranquilo, hasta que se presenta un supuesto tercero, con una escritura de transferencia de la propiedad de la nave. La misma figura otorgada

23. Las más recientes actualizaciones de los derechos de origen continental asumen esta concepción con todas sus ventajas. La reforma del Libro III del Código de Comercio de Chile, establece en su art. 1231 *"El titular de un crédito que goce de algún privilegio sobre una nave, establecido en este Código o en las leyes que los complementan, podrá ocurrir ante el tribunal civil de turno del lugar donde aquella se encuentre o ante el tribunal civil de turno que fuere competente según las normas de este Libro, para solicitar se prohíba el zarpe de aquella, desde el puerto o lugar en que se encuentre, con el objeto de garantizar el ejercicio del crédito privilegiado o asegurar el cumplimiento de una decisión judicial que pueda implicar la realización de la nave afectada. El tribunal requerido deberá acceder a esta petición, sin más trámite siempre que se acompañen los antecedentes que constituyan presunción del derecho que se reclama. Si no fueren suficientes dichos antecedentes o el peticionario manifestare no poseerlos aún, el tribunal podrá exigir que se constituya garantía por los eventuales perjuicios que se causen si posteriormente resultare que esa petición carecía de fundamentos"*. O sea que la regla es que los créditos privilegiados reales permiten el arresto sin dar garantía.

24. Desde luego, no todas son ventajas en la concepción anglosajona: tratándose exclusivamente de un procedimiento derivado del "lien" contra la nave, si la misma naufraga o se desvaloriza no existía posibilidad de obtener medidas cautelares contra otros bienes del deudor, tampoco había la posibilidad de obtener un embargo preventivo contra un buque por créditos comunes no privilegiados del armador o propietario del buque, por lo menos hasta que la "Mareva Injunction" introdujo el embargo preventivo en el derecho inglés.

25. Cfe. HERBERT Ronald y FRESNEDO Cecilia "El arresto de buques y el principio de la Jurisdicción más Próxima" *Revista de Transporte y Seguros* Nº 6 pág.159.

luego de obtenido el embargo, pero sucede que el supuesto tercero reclamante sostiene que el país de su nacionalidad (y posiblemente el de bandera del buque también) no ratificó la Convención de Bruselas de 1926 y por lo tanto el crédito que se ejecuta sólo cuenta con el "privilegio personal" del derecho interno y no persigue al buque en manos de sus nuevos propietarios.

Si tal solución fuera correcta, el derecho marítimo nacional simplemente cesaría de funcionar y la posibilidad de actualizarlo adhiriendo a las convenciones mayoritariamente aceptadas sería una mera ilusión. En el mundo, la mayoría de los buques circulan amparados en banderas de conveniencia, las que son otorgadas por países que en general no ratifican convenciones que puedan servir para garantizar derechos de terceros contra los armadores y propietarios. Ello es parte del incentivo que les ofrecen a los propietarios de buques. Partiendo de esta base, la forma de eludir el pago de los créditos generados por la explotación del buque sería fácil, barata y muy efectiva: cambiar de sociedad anónima propietaria. Es más, normalmente los buques cambian de sociedad anónima propietaria (en Panamá o en Monrovia) cada pocos años.

Y aún sin que exista ninguna maniobra dolosa para defraudar a los acreedores, los buques normalmente salen del astillero gravados por hipoteca en favor de los constructores o del banco que financió la construcción; así que simplemente se transformarían en entidades insolventes que circulan por el planeta dejando deudas cuyo cobro dependería exclusivamente de la buena fe de sus propietarios.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo de España: y este tema no es un problema exclusivo de Uruguay. Es algo que se plantea en todos los países. Baste señalar al respecto una sentencia del Tribunal Supremo de España que enfoca y resuelve este mismo problema, sosteniendo la plena vigencia del texto de derecho positivo emergente de la Convención de Bruselas de 1926, incluso para las relaciones domésticas y de orden interno. Con mayor razón se aplicaría a las relaciones internacionales con países no ratificantes, no a título de norma convencional sino a título de derecho interno incorporado por el procedimiento de aprobación de la ley de ratificación de cada "convención para la unificación de ciertas reglas..."²⁶.

El caso refería a un reclamo por salarios de la tripulación de un buque español (con "lien" sobre la nave conforme el art. 2.º de la Convención de Bruselas de 1926) que intentaban cobrarse sobre la misma, frente a una tercería de mejor derecho ejercida por un banco en calidad de acreedor hipotecario. En la tesis del banco, puesto que eran españoles el buque, los tripulantes, los créditos y el propio banco, la relación era de derecho interno y por lo tanto resultaba inaplicable la Convención; y las normas sobre créditos privilegiados de derecho interno españolas (como las nuestras y las de casi todos los países de sistema continental romanista) sólo reconocían a los privilegios el carácter de créditos personales en el concurso, después de la hipoteca.

La Suprema Corte Española en el caso referido resolvió que las normas de la Convención de Bruselas de 1926, eran derecho positivo aplicable a todos los casos de derecho marítimo, sin importar que la relación fuera interna o internacional (y si fuera internacional, sin importar que todos los países afectados por la relación fueran o no ratificantes).

26. Sentencia del T.S. de España de 22 de mayo de 1989 (Repertorio de Jurisprudencia 1989 Caso Nº 3877 p. 4400) haciendo lugar al recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid confirmatoria de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nº 4 de Madrid.

Dice dicha sentencia: *“La interdependencia de las relaciones jurídicas en un ámbito superador de fronteras entre Estados ha venido a consagrar la realidad de una verdadera Comunidad jurídica supranacional asentada en Tratados y Convenios Internacionales, de modo que el derecho de cada país no puede ya concebirse como simple resultante de parciales actividades legislativas de los Estados, sino que sobre la base del principio de solidaridad e interdependencia en las relaciones internacionales se ha venido a reconocer y a configurar una nueva concepción de la idea de soberanía asentada en las ideas de integración y acatamiento de principios y normas del ámbito supranacional. Tal es, en realidad, el fundamento justificador y básico del Capítulo Tercero del Título III de la vigente Constitución Española (R.1978, 2836 y Ap. 1975-85, 28759 (artículos 93 a 96, ambos inclusive) que, dando reconocimiento a los Tratados y Convenios Internacionales, los incorpora al Ordenamiento interno, una vez que, validamente celebradas hayan sido publicados íntegramente en el Boletín Oficial del Estado (artículos 96.1 de la Constitución y 1.5 del Código Civil).*

“Frente a la antigua doctrina dominante entre los internacionalistas clásicos que sostenían el criterio de que los Tratados y Convenios Internacionales no eran en sí mismos fuente creadora de Derecho interno, sino una regla solamente vinculante entre los Estados signatarios que para dotarla de fuerza de obligar respecto de sus ciudadanos, necesitaban un acto jurídico interno adecuado (Ley, Real Decreto, etc. ...), la práctica de las más intensas y coordinadas relaciones internacionales y la consagración plena de Organizaciones supranacionales, ha llevado a ese reconocimiento de la aplicación entre los Estados signatarios como Derecho interno, una vez cumplidas las formalidades previstas para formar parte del Ordenamiento jurídico interno de cada uno de los Estados firmantes, sin necesidad de que se produzca ninguna otra disposición legislativa por parte de éstos, confirmatoria o desarrolladora de lo que ya pasó a ser Derecho interno”.

Por lo tanto, no sólo el tema es de la mayor trascendencia, sino que su solución no es tan fácil como podría parecer en primera instancia. La distinción inicial y casi ingenua entre normas de derecho positivo interno y normas de derecho positivo material internacional, no es tan simple. La primera respuesta dada en forma casi irreflexiva (las normas internacionales sólo se aplican entre los países ratificantes de cada convención), puede no ser correcta; por el contrario, puede que dicha solución sea profundamente equivocada.

En este tema se entrecruzan normas y principios interpretativos de derecho internacional público, de derecho internacional privado, de derecho constitucional (¿cuál es el mecanismo de “internación” de normas de derecho positivo en cada país?) y de derecho marítimo.

Los dos temas que hemos planteado: si el tratado modifica el derecho material interno, y si el tratado se aplica a relaciones con países no ratificantes, son conceptualmente distinguibles, pero se encuentran indisolublemente vinculados.

Si la ratificación de un tratado de derecho material incorporó sus normas a nuestro derecho positivo interno, ello va a tener consecuencias importantes también en el plano internacional. Por ejemplo, cuando tenemos un problema en relación a un país no ratificante, desde que no existe norma material común, deberemos ir a la norma de derecho internacional privado de conflicto (ya sea de fuente interna o internacional). Esa norma nos va a referir al orden jurídico interno de algún país como aplicable al caso. La solución que hayamos dado al tema previo, o sea si la ratificación del tratado por el país remitido incorpora esas normas a su derecho material interno, va a afectar la solución del segundo problema en cuanto a la aplicabilidad del tratado a la relación jurídica planteada con un país no ratificante.

4.4. Relaciones entre los ordenamientos jurídicos de cada Estado y el derecho “comunitario”

Si entrar en el tema que todos ustedes conocen de la jerarquía normativa de las normas emanadas de los órganos del Mercosur, establecida en el art. 19 del Protocolo de Brasilia para la solución de controversias, que fue reemplazado luego por el art. 41 del Protocolo de Ouro Preto, cabe sí señalar que por ahora, “la única Constitución que ha establecido con claridad el género de relacionamiento entre la normativa que dimana del Mercosur y el orden jurídico de los Estados Parte, es la Constitución Argentina (...)” de 1994 (art. 75, inc. 24)²⁷, que establece, como una de las atribuciones del Congreso: “Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.”

Es decir que en Argentina es posible aprobar un tratado de integración por efecto del cual las normas dictadas por organismos supranacionales tengan supremacía sobre las leyes ordinarias nacionales, aunque no sobre la Constitución²⁸.

En lo que respecta a Uruguay, mientras no reformemos nuestra Constitución, esto no es posible, y los mecanismos de aprobación de todos los tratados internacionales que celebra la República con otros Estados son los que ella establece (art. 85.7), sin distinguir si éstos dimanar del ámbito del Mercosur o de uno de los foros de codificación internacional existentes (CIDIP, La Haya, etc.).

En el Mercosur, sus normas no tienen aplicabilidad directa en los derechos internos de los Estados parte²⁹: el art. 40, i) del Protocolo de Ouro Preto establece que una vez aprobada una norma emanada de un órgano del Mercosur, “...los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional...”.

El art. 42 del Protocolo de Ouro Preto, por su parte, establece que las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el art. 2 de este Protocolo, “tendrán carácter obligatorio³⁰ y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país.”

María Blanca NOODT TAQUELA³¹ interpreta que no quedan comprendidas en esta norma (art. 42 POP) “aquellas normas en las que expresamente se prevé un mecanismo de

27. OPERTTI, Didier, “Las relaciones entre el Derecho Comunitario y los ordenamientos estatales en los procesos de integración. El caso Mercosur”, en *Temas de Derecho Internacional Privado y de Derecho Comunitario*, Universidad Católica del Uruguay, Revista U. de D. Constitucional y Político, 1997”, p. 44.

Ver sobre el tema: ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo, “La cuestión constitucional en los cuatro Estados partes del Mercosur”, en *El Mercosur después de Ouro Preto*, Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, UCUDAL, p. 35 a 51.

28. DROMI, EKMEKDJIAN y RIVERA, *Derecho comunitario. Régimen del Mercosur*, Bs. As., 1995, p. 164.

29. DROMI, EKMEKDJIAN y RIVERA, op. cit., p. 141, cita 11.

30. La obligatoriedad de dichas normas para los Estados partes está también establecida en los arts. 9, 15 y 20 del Protocolo de Ouro Preto.

31. NOODT TAQUELA, M.B., “Las relaciones entre el derecho comunitario y los ordenamientos estatales en los procesos de integración. El caso Mercosur”, en *Temas de D. Internacional Privado y de D. Comunitario*, Revista Uruguaya de D. Constitucional y Político, UCUDAL, 1997, p. 60.

ratificación, por ejemplo los protocolos de medidas cautelares, o de jurisdicción”; considera que estos últimos son “verdaderos tratados internacionales dentro del concepto de tratado internacional que da la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados”.

El Protocolo de Ouro Preto ha dejado “librado a cada Estado el determinar mediante qué procedimientos será posible la aplicación de las normas obligatorias del Mercosur en el ámbito interno”³².

La frase “*cuando sea necesario*” constituye la clave del problema: ¿cuándo es necesaria la ratificación de las normas emanadas de los órganos comunitarios por el parlamento de cada Estado miembro? El art. 42 no lo establece.

¿Quién determina en qué casos es necesaria dicha ratificación parlamentaria y en cuáles no? El art. 42 tampoco lo establece.

No puede ser la propia autoridad comunitaria que dicta la norma, la que establezca si dicha norma debe o no ser objeto de los mecanismos de incorporación a los ordenamientos jurídicos nacionales previstos en cada uno de esos ordenamientos. Por el contrario, es precisamente el ordenamiento jurídico de cada Estado el que establece las condiciones y los mecanismos para que las normas aprobadas por los órganos comunitarios devengan derecho interno directamente aplicable: en algunos casos bastará con un decreto administrativo en otros será necesaria la aprobación de una ley. Respecto a esto último la definición de la zona de “reserva de la ley” se transformará en la clave de la dilucidación de los problemas a plantearse y ello dependerá de las normas de derecho público y constitucional de cada Estado³³.

Y ello seguirá siendo así mientras no se avance en el proceso de integración comunitaria, para llegar al grado de integración de la Comunidad sería necesario una previa delegación de la potestad de dictar leyes y reglamentos en los propios países miembros. También aquí cada constitución nacional deberá determinar las condiciones en que los parlamentos pueden delegar su exclusiva potestad (derivada del principio de soberanía) de dictar leyes que rijan en su territorio. En el ordenamiento jurídico uruguayo, el art. 4 de la Constitución establece: “*La soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes. (...)*”.

Resulta plenamente compartible por tanto la posición de OPERTTI³⁴, en el sentido de que “no hay un orden jurídico comunitario en el MERCOSUR; por lo tanto debe ser “internalizado”, o mejor, incorporado a cada uno de los Estados Parte. Por lo tanto no nace el orden jurídico del MERCOSUR originalmente ni como comunitario ni como interno; es una tercera especie. No nace como un orden jurídico supranacional de aplicación predominante sobre los órdenes jurídicos internos, ni nace como un orden jurídico interno con efecto derogatorio sobre el respectivo y propio orden jurídico, para el caso que lo tuviere.”

La autoridad legislativa de cada Estado no crea derecho comunitario, sino que convalida o ratifica las decisiones asumidas por la autoridad política, conforme al procedimiento establecido en el derecho interno de cada Estado miembro, y siguiendo el procedimiento de integración al derecho interno de las normas comunitarias, cuando así corresponda³⁵.

32. José María GAMIO, op.cit., p. 80.

33. En contra, Dromi, op.cit., p. 166-7.

34. OPERTTI, Didier, “Solución de controversias ...”, p. 133-4.

35. DROMI, EKMEKDJIAN y RIVERA, *Derecho comunitario. Régimen del Mercosur*, Bs. As., 1995, p. 141.

Dado que las normas del Mercosur no tienen aplicabilidad directa en los derechos internos de los Estados parte, como surge de los arts. 40, i) y 42 del Protocolo de Ouro Preto, analizados más arriba, es necesario, para que devengan obligatorias, su previa "internación" en el orden jurídico de cada Estado, conforme a los mecanismos que establezca cada una de sus legislaciones³⁶.

Lo dicho deriva de la naturaleza intergubernamental, y no supranacional del Mercosur, de la ausencia de un órgano legislativo y de un tribunal jurisdiccional supranacionales. Es por eso que no podemos extender al Mercosur los desarrollos y soluciones de otros procesos de integración, como la Unión Europea, sin un previo análisis de su compatibilidad. Así por ejemplo, la posición de la jurisprudencia de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas en el sentido de "que las Comunidades Europeas constituyeron un nuevo orden jurídico –el comunitario– independiente de la legislación de los Estados Miembros", y que éste "tiene primacía sobre el derecho nacional"³⁷, no resulta transferible a nuestro proceso regional de integración, al menos por ahora.

La Comisión Parlamentaria Conjunta, que es "*el órgano representativo de los Parlamentos de los Estados Partes en el ámbito del Mercosur*" (art. 22 POP), integrado por "*parlamentarios representantes de los Estados Partes*" (art. 23 POP), "*designados por los respectivos Parlamentos nacionales, de acuerdo a sus procedimientos internos*" (art. 24 POP), no tiene potestades legislativas, no puede crear normas.

Por el contrario, entre sus potestades está la de procurar "*acelerar los procedimientos internos correspondientes en los Estados Partes para la pronta entrada en vigor de las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el art. 2 de este Protocolo*" (art. 25).

La autoridad administrativa de cada Estado parte puede reglamentar las normas comunitarias cuando ello sea necesario para su aplicación interna (a través de decretos del Poder Ejecutivo)³⁸.

4.5. Inexistencia en el Mercosur del principio de supremacía del Derecho comunitario

El principio de la supremacía de las normas comunitarias respecto de las del derecho interno de los Estados miembros no existe, al menos todavía, en el Mercosur: no está establecido en forma expresa en norma alguna del ordenamiento jurídico comunitario, y tampoco existe un equivalente al Tribunal europeo del que se derive una jurisprudencia en tal sentido³⁹.

En consecuencia, como lo señala FERNÁNDEZ ARROYO⁴⁰, "se pueden producir conflictos entre normas convencionales derivadas del Mercosur y las de un convenio posterior

36. OPERTTI, Didier, "Procedencia y límites de los nuevos procesos de codificación del DIPr. en el marco de los organismos de integración: Unión Europea - Mercosur", en *Temas de Derecho Internacional Privado y de Derecho Comunitario*, Universidad Católica del Uruguay, Revista U. de D. Constitucional y Político, 1997, p. 26 y "Las relaciones entre el Derecho Comunitario y los ordenamientos estatales en los procesos de integración. El caso Mercosur", en *id.*, p. 44. Ver también DROMI, *op.cit.*, p. 166.

37. ARRIGUI, *op.cit.*, p. 332.

38. DROMI, EKMEKDJIAN y RIVERA, "Derecho comunitario. Régimen del Mercosur", Bs. As., 1995, p. 140.

39. DROMI, EKMEKDJIAN y RIVERA, "Derecho comunitario. Régimen del Mercosur", Bs. As., 1995, p. 162.

40. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego, "Las relaciones entre el derecho comunitario y los ordenamientos estatales en los procesos de integración. El caso Mercosur", en *Temas de D. Internacional Privado y de D. Comunitario, Revista Uruguaya de D. Constitucional y Político*, UCUDAL, 1997, p. 65.

que no pertenezca a este ámbito”. En esa hipótesis, “la aplicación de la Convención de Viena nos llevaría a descartar las normas mercosureñas”. Y pone el ejemplo de lo que ocurriría “si el Mercosur estableciera normas sobre ley aplicable a los contratos y alguno de sus países se incorporara a la Convención de la CIDIP V sobre esa materia”, que es una Convención de las llamadas erga omnes o de aplicación universal, y ésta entrara en vigor: debería aplicarse con prevalencia sobre la norma “comunitaria”. También podrían producirse este tipo de conflictos entre el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (Las Leñas, 1992) y las Convenciones Interamericanas sobre las mismas materias reguladas en el mismo (Exhortos, recepción de pruebas en el extranjero, información del derecho extranjero, reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales, etc.).

4.6. Soluciones del derecho uruguayo

La Constitución vigente no proporciona solución expresa con relación al problema de la preeminencia o no del derecho internacional sobre el derecho interno, no con respecto al derecho comunitario en relación a los dos anteriores⁴¹.

En el campo del derecho privado, en cambio, encontramos dos normas – una de fuente interna y otra internacional – que abordan el problema de la identificación de la fuente aplicable. Se trata del art. 524 del Código General del Proceso y el art. 1° de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP II, Montevideo 1979).

El art. 524 CGP establece: “*En defecto de tratado o convención, los tribunales de la República deberán dar cumplimiento a las normas contenidas en el presente Título*”. Esta disposición es la primera del Título X que refiere a las normas procesales internacionales.

Y el art. 1° de la Convención citada dispone: “*La determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con Derecho Extranjero, se sujetarán a lo regulado en esta convención y demás convenciones internacionales suscritas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes.*”

“*En defecto de norma internacional, los Estados Partes aplicarán las reglas conflictuales de su Derecho interno.*”

Estas normas no incursionan en la polémica doctrinaria y jurisprudencial que se observa en el Derecho Internacional Público acerca del monismo o dualismo, de la jerarquía de las normas, de su internación, etc.

Se limitan a establecer que frente a un caso jusprivatista internacional o de tráfico jurídico externo, recurriendo a las distintas expresiones utilizadas por la doctrina para referir a los casos que trascienden las fronteras de un sólo Estado, el aplicador del derecho debe indagar en primer lugar si existe dentro de su orden jurídico un tratado o convención internacional sobre la materia de que se trate y que vincule a los Estados involucrados en el caso.

41. ARRIGHI, op. cit. p. 340 y ss; Eduardo ESTEVA GALLICHIO, “La cuestión constitucional en los cuatro Estados partes del Mercosur”, en *El Mercosur después de Ouro Preto, Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, UCUDAL p.46 citando la opinión de Eduardo JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (Ver también nota 8 ut supra).

Si dicha normativa de fuente internacional existe y resulta aplicable al caso por caer éste dentro de su ámbito de aplicación espacial, material y temporal⁴², se aplicará ésta y no la de fuente interna. Pero esto no implica una toma de partido en la polémica sobre el monismo y el dualismo y sobre la jerarquía de las normas. Se trata de identificar cuál es el sistema o subsistema de derecho internacional privado competente para regular el caso.

Si los Estados involucrados en el caso se hallan vinculados por un tratado internacional sobre la materia de que se trata, deberán aplicarlo por una razón de competencia y de especialidad frente a la norma de DIPr. de fuente interna. Los tratados y convenciones internacionales que regulan cuestiones relativas al tráfico jurídico internacional son normas especiales, que se aplican estrictamente a los supuestos de aplicación previstos en las mismas⁴³.

Si dicha normativa de fuente internacional es material, regulará directamente la cuestión. Si es formal o de conflicto, indicará a través del punto de conexión cuál es el derecho material aplicable, es decir, remitirá la regulación del asunto al derecho material del Estado en cuyo territorio se realiza el punto de conexión. Es así que resultará competente, en virtud de la norma de conflicto del sistema de DIPr. identificado como aplicable al caso, el derecho material nacional del Estado remitido por ésta.

Por ello vamos a encontrarnos con que además de la aplicación normal de los tratados que contienen normas materiales de fondo, o sea su aplicación a relaciones jurídicas que se plantean entre países ratificantes⁴⁴, puede suceder que un tratado internacional sea aplicado a relaciones entre países no ratificantes por una serie de procedimientos que conviene examinar al detalle:

42. RIGAUX, *Derecho Internacional Privado, Parte General*, De. Civitas, S.A., 1985, p. 121. Aclara este autor que con respecto al ámbito espacial del tratado es necesario determinar en qué países el tratado tiene fuerza obligatoria, o sea cuáles Estados han depositado los instrumentos de ratificación y comprobar que haya transcurrido el plazo generalmente previsto para la entrada en vigor del tratado, y si el tratado no ha sido denunciado en forma; también hay que determinar su aplicabilidad, o sea a qué tipo de situaciones es aplicable el tratado, según el criterio de su localización. Con respecto al campo de aplicación temporal del tratado, es necesario determinar la fecha de entrada en vigor del tratado, o sea, la fecha en que se depositó el último instrumento de ratificación necesario a tal fin, y que se hayan cumplido las exigencias constitucionales, como por ejemplo, la aprobación por el parlamento. También debe dilucidarse el problema del derecho transitorio, es decir, si el tratado es aplicable a las situaciones posteriores a su entrada en vigor, o también a otras, etc.

43. Estas ideas han sido desarrolladas por los Profesores Dres. Didier Operti y Ronald Herbert en sus cursos de Derecho Internacional Privado en las Facultades de Derecho de la Universidad Católica y de la Universidad de la República, y dado que nos resultan plenamente compartibles las hemos recogido y sustentado también en clase.

44. En materia marítima existe una extensa jurisprudencia sobre la interpretación de la convención de Nueva York de 1958 (sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras) que debate la validez de las cláusulas arbitrales impresas al dorso de los conocimientos (generalmente para declararlas inválidas a la luz de la propia Convención) la cual que se plantea en los transportes entre países ratificantes (ver: "*La Mannheim c/ Montemar, buque Stinnes Bora, JLC-2, Sent. 5, del 26/2/93; TAC-7, Sent. 160 del 25/10/93*". RTYS 7, caso 104, p. 14; "*The British and Foreign Marine Insurance c/ Montemar, buque Estrella del Mar, JLC 13, Sent. 14.279 del 30/10/87; TAC 2, Sent. 293, del 19/9/88*". RTYS 2, caso 17, p. 39. "*La Mannheim c/ Montemar, buques Estrella del Mar y Lucero del Mar, JLC 6, Sent. 10.624 del 26/9/88; TAC 5, Sent.59, del 31/3/89*". RTYS 2, caso 18, p. 43. "*Royal Insurance c/ Montemar, buque Venus del Mar, JLC-7, Sent. 7508 del 14/8/87; TAC-5, Sent. 147, del 24/5/88*". RTYS 2, caso 19, p. 47. "*Royal Insurance c/ Montemar, buque Estrella del Mar, JLC7, Sent.7510, del 14/8/87; TAC 2, Sent. 246, del 3/8/88*". RTYS 2, caso 20, p. 50. "*La Mannheim c/ Montemar, buque Ocean Express, JLC-14, Sent. 452 del 6/3/92 (consentida)*". RTYS 6, caso 87, p. 30)

5. ALCANCE EXTENSIVO DE LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES MÁS ALLÁ DE LAS RELACIONES ENTRE PAÍSES RATIFICANTES

El tema que pretendemos plantear aquí, es el del alcance extensivo de las normas de derecho positivo contenidas en Convenciones Internacionales, o sea su posibilidad de transformarse en derecho positivo aplicable a relaciones domésticas o a relaciones internacionales con países no ratificantes de la respectiva convención.

5.1. Casos o hipótesis de aplicación de una Convención Internacional no ratificada por el Estado del tribunal que la aplica

Puede ocurrir también que aún cuando las Convenciones internacionales no resulten aplicables directamente, por no haber sido incorporadas al orden jurídico del juez, el aplicador del derecho recurra a ellas a través de otros mecanismos. Así por ejemplo cabe mencionar los siguientes:

1. La primera hipótesis, que ya hemos visto, es la de aplicación de las normas materiales de la Convención como derecho extranjero por remisión de las normas de conflicto del juez. Esta situación se da cuando el Estado del juez no es parte en la Convención, por lo que no puede aplicarla en forma directa, pero el país cuyo derecho es aplicable la ratificó, por lo que forma parte de su ordenamiento jurídico. El caso del buque Río Blanco citado ut supra⁴⁵, y en general todos los transportes desde puertos de Uruguay hacia puertos de Argentina y Paraguay (vinculados por los Tratados de Montevideo de 1940 pero ambos ratificantes de la convención de Bruselas de 1924 que Uruguay no ratificó) se ajustan a estos parámetros. La norma de conflicto hace aplicable la ley del puerto de destino y dicha remisión se entiende como omnicompreensiva de las convenciones de "unificación de ciertas reglas" de derecho marítimo ratificadas en dichos países.

2. La segunda hipótesis posible sería la de aplicación de la Convención por elección de las partes del derecho de un Estado ratificante o de una convención determinada en el propio contrato, en los casos en que se admite la autonomía de la voluntad. Esto funciona en general por medio del reenvío permitido por el art. 2401 C.Civ. y es el caso del buque Xiang Cheng⁴⁶, también ya mencionado.

Dicho caso se ha transformado en un "leading case" en los conflictos derivados del creciente intercambio comercial con China⁴⁷.

3. La tercera hipótesis posible es la de incidencia de una Convención operando en los casos de laguna o insuficiencia normativa del derecho interno. Esto puede suceder cuando un país es ratificante de una convención sobre un determinado tema pero el mismo se plantea en un caso de derecho interno o de derecho internacional planteado entre países no ratificantes, ni vinculados por ningún sistema de tratados sobre la materia regulada por la Convención.

45. Ver infra nota 14.

46. Ver infra nota 17.

47. Posiblemente el "leading case" o sea el primer precedente jurisprudencial de una sentencia dictada por In tribunal uruguayo en una reclamación derivada de un transporte de Uruguay a China sea la sentencia de la Dra. Cristina Lorenzo en el caso del buque Kota Jaya (*"Royal Insurance c/ China National Foreign Trade Transportation Corp."* JLC 8 Sent.78 de 20/12/91- consentida- RTYS 5 caso 63 p.31) No obstante en dicho caso se aplicó el derecho interno chino y no una convención internacional.

En el caso del buque San Martín ⁴⁸ el tribunal resolvió un litigio referido a un transporte multimodal entre Estados Unidos y Uruguay, aplicando por analogía las normas sobre transporte sucesivo unimodal y multimodal contenidas en el art. 15 del Tratado de Derecho Comercial Terrestre de 1940 y las normas sobre transporte aéreo sucesivo de la convención de Varsovia. Estas normas sirvieron para fundar la responsabilidad solidaria del último transportador efectivo y el operador multimodal que había emitido el conocimiento. Expresa la sentencia que se trata de utilizar "la analogía interna del derecho del transporte que torna conveniente que los vacíos legales se solucionen dentro de su propio ámbito a efectos de tener la coherencia intrínseca que evite la traspolación de medidas incompatibles con su naturaleza que lleven a soluciones contradictorias o descabelladas, verdadero impasse jurídico, a la espera de la real solución, consistente en una norma única sobre transporte".

4. Por último la recepción de las soluciones de una Convención puede producirse al recurrirse a los principios generales del derecho, a los usos del comercio internacional o *lex mercatoria*, a los principios más recibidos, y a otros recursos. Esta es posiblemente la hipótesis más extrema y difícil de encontrar en nuestra jurisprudencia que en general es reacia a referirse a los "usos comerciales" sin una norma expresa de derecho positivo que la remita a ellos.

Posiblemente uno de los pocos casos en el que esta vía de razonamiento jurídico e integración del derecho tuvo una influencia notable en el Tribunal, fue la sentencia de segunda instancia dictada en el caso del buque Galia⁴⁹. Este buque transportó un cargamento desde Uruguay a Chile que llegó con daños que provocaron una demanda contra sus armadores. La sentencia de primera instancia desechó la demanda por falta de legitimación pasiva debido a que en el curso del juicio la sociedad armadora había vendido el buque y se había disuelto. La sentencia de segunda instancia revocó esta decisión, y consideró que a la luz de la convención de Bruselas de 1926 sobre Privilegios e Hipotecas Marítimas, el crédito marítimo por daños a la carga implicaba un derecho real contra el buque que seguía al mismo en cualquier mano que pase (art.8º de la Convención) ameritando una condena que permitiera al acreedor perseguir al buque aunque el mismo hubiera cambiado de dueño. Esta sentencia es el "leading case" en materia de reconocimiento de carácter real a los créditos marítimos en nuestra jurisprudencia. Pero en relación al tema que estamos viendo, lo importante es señalar que la Convención de Bruselas de 1926 había sido ratificada por Uruguay pero no por Chile (país de destino y cuyo derecho era aplicable conforme el nuestro derecho internacional privado de fuente interna: art. 2399 C.Civ.). El tribunal extendió la aplicación de la norma internacional referida alegando la universalidad del carácter real de los créditos marítimos en los usos comerciales vigentes en todo el mundo, y agregando: *"...no habiendo un derecho marítimo "nacional" –obviamente con escasas posibilidades reales de no ser necesariamente un derecho "internacional"– en el tráfico comercial moderno, el basamento último de las normas aplicables son los usos y costumbres con indiscutida tendencia a la unificación internacional, tal como así lo impulsaron la International Law Association y el Comité Marítimo Internacional instituciones éstas que auspiciaron las Convenciones de York Amberes, de Bruselas, de Londres, etc. cada una en sus temas específicos"*.

48. Esta sentencia de la Dra. Porteiro Bello constituye el "leading case" en nuestra jurisprudencia en referencia al transporte multimodal (*"Royal Insurance c/ Flash Cargo e Ivarans Rederi" Buque San Martín I - JP 31º Sent.30 de 1/8/91, JLC 9º Sent. 1 de 3/2/92, RTYS5 caso 70 p. 52*).

49. *"La Mannheim c/ Euroflot"- buque Galia - JLC 1 Sent. 60 de 6/3/86 TAC 1 Sent.62 de 18/3/87. RTYS 1 Caso 6 p. 55.*

5.2. Casos e hipótesis de aplicación de una Convención Internacional como Derecho Interno del Estado Ratificante a relaciones jurídicas internas o a relaciones jurídicas internacionales planteadas con Estados No Ratificantes

Un examen primario de las distintas categorías de normas internacionales a las que pueden enfrentarse un intérprete nos permite apreciar que nada más peligroso que las respuestas sencillas a cuestiones complejas.

Existen normas internacionales que notoriamente se redactaron con intención de corregir y modificar el derecho interno y establecer un contenido material uniforme al derecho positivo de los países ratificantes, y existen convenciones internacionales que notoriamente se redactaron y aprobaron con intención de su aplicación exclusiva y limitada a las relaciones entre los países ratificantes.

5.2.1. NORMAS INTERNACIONALES MATERIALES DIRECTAMENTE APLICABLES E INCORPORADAS AL DERECHO POSITIVO INTERNO

En la primera categoría, el ejemplo más claro es el de los Convenios Internacionales del Trabajo emanados de la O.I.T. a partir de la primera postguerra. Se trata de normas materiales de derecho del trabajo sancionadas mediante tratados internacionales, respecto a las cuales, la doctrina y la jurisprudencia coinciden que se incorporan al derecho positivo interno y son directamente aplicables.

Obviamente no se trata de normas pensadas para casos de relaciones laborales internacionales: son normas de unificación de los derechos internos, se aplican a las relaciones de derecho del trabajo internas de cada estado y se incorporan directamente a su derecho laboral positivo.

Es importante señalar que la evolución constitucional de nuestro país ha tendido a reafirmar la hipótesis de la aplicabilidad directa de los tratados como derecho interno incorporado. Hasta la Constitución de 1942 inclusive, la aprobación de un tratado era una competencia de la Asamblea General, o sea que se hacía en reunión de “ambas cámaras” por mayoría absoluta de votos. Esto planteaba dudas enormes a los intérpretes respecto a las Convenciones de unificación en las que el país se obligaba a modificar su derecho interno: los convenios de la Organización Internacional del Trabajo especialmente. El país estaba obligado internacionalmente pero sin una ley posterior que diera cumplimiento a dicha obligación, podía sostenerse que el texto no tenía aún vigencia interna.

En ocasión de la reforma constitucional de 1952 se modificó el art. 85 inc.7, estableciéndose que la aprobación de tratados debe realizarse en sesión de “cada Cámara” por separado y mediante un procedimiento idéntico al de aprobación de las leyes internas. A partir de esta reforma, parece compartible la tesis de que los tratados (por lo menos los de “unificación” del derecho), ratificados conforme dicho procedimiento son leyes internas, efectivamente incorporadas al derecho positivo, derogan las leyes anteriores y son pasibles de aplicación directa.

Al respecto, el profesor OPERTTI⁵⁰ ha sostenido que *“en el Uruguay los tratados tienen rango de leyes; no están supeditados a la ley sino que ellos mismos son una ley, no están por encima de la Constitución, ni están en el mismo lugar que la Constitución”*.

50. OPERTTI, opiniones vertidas en clase, Universidad Católica, 17/8/95.

“El procedimiento de ratificación de los tratados –aprobación legislativa– es un procedimiento en el cual se cumplen las etapas propias de una ley. ¿Cómo juega el carácter de ley de ese tratado en el conjunto del orden jurídico uruguayo? Juega en primer lugar, obedeciendo a la norma constitucional que prevé cómo se ratifica un tratado. En segundo lugar, juega en el campo del derecho internacional”.

O sea que en el orden jurídico interno, el procedimiento constitucional de aprobación de un tratado está previsto a texto expreso, y hace que el mismo se transforme en ley.

Incluso OPERTTI plantea un problema adicional: ¿qué pasa si una ley posterior modifica el punto regulado por el tratado? Desde el punto de vista internacional, un tratado ratificado obliga al Uruguay con los terceros países contratantes, y para ser renunciado requiere un procedimiento especial. OPERTTI y ARBUET critican la posición de la Suprema Corte de Justicia uruguaya, que se ha pronunciado (con relación a los convenios de OIT) en el sentido de que el tratado, por ser ley, se puede modificar por otra ley interna. Sostiene Operti que un tratado no se puede modificar unilateralmente por ley interna sin denunciarlo; la Convención de Viena de Derecho de los Tratados establece claramente en el art. 27 que no se pueden introducir modificaciones a un tratado por la vía del derecho interno.

5.2.2. NORMAS INTERNACIONALES DE APLICACION LIMITADA A LOS PAISES RATIFICANTES EN FUNCION DEL PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD

En el otro extremo, existen normas internacionales que, notoriamente, se redactan y aprueban con la intención de limitar su vigencia a las relaciones internacionales y exclusivamente entre los Estados ratificantes.

Prácticamente todo el derecho internacional privado de conflicto, funciona sobre esta base operativa. Las normas de conflicto contenidas en las Convenciones de CIDIP y el sistema de los Tratados de Montevideo se aplican y rigen referidas a las relaciones internacionales entre los países ratificantes. Cada Estado tiene además su derecho internacional privado de fuente interna que se aplica en los casos de relaciones internacionales con países no ratificantes de ninguna convención.

Lo mismo puede decirse de los tratados de derecho procesal internacional, que se negocian pensando en función del principio de reciprocidad.

OPERTTI⁵¹ ha sostenido que en estos casos *“el tratado tiene un objeto perfectamente delimitado; ese objeto delimitado es el que justifica que entre algunos Estados exista una mayor conexión que con otros. Cuando nosotros, por ejemplo, logramos un tratado de asistencia jurídica penal recíproca con los Estados Unidos, o con el Canadá, o con el Reino Unido, o con España, o Brasil, y en cambio no tenemos ese mismo tratado con otros países del mundo, esto no significa que cuando tenemos un problema planteado con algunos de esos países, les extendamos gratuitamente el tratado. Ese es un error porque lo que está en juego no es la igualdad o desigualdad entre los Estados, sino el grado de relacionamiento internacional que varía en cada caso. Yo puedo tener un relacionamiento internacional más estrecho con algunos países y menos estrecho con otros y eso forma parte de la política exterior”.*

“Cuando se hace un tratado se negocian soluciones y las soluciones por lo tanto obligan a los que son parte de ese tratado pero no se pueden extender automáticamente a

51. OPERTTI, opiniones vertidas en clase, Universidad Católica, 17/8/95.

otros, salvo en lo que esas soluciones puedan tener de principios generales, a los que el Estado se obliga en toda circunstancia”.

“Pero yo no puedo abrir las puertas de mi orden jurídico totalmente y extender tratados que he negociado punto por punto con otro Estado, a países con los que no he negociado. Esto sería la muerte del derecho internacional, sería la muerte del tratado como fuente internacional, porque ¿para que hacemos los tratados si sin tratados se puede lograr aquello que logramos mediante el tratado? Esto es de una lógica muy clara”.

En el campo del derecho marítimo creemos que pertenecen a esta categoría, las convenciones internacionales sobre Limitación de Responsabilidad por Créditos Marítimos⁵² aplicables a los reclamos contra armadores y buques de bandera de los países ratificantes y destinadas a otorgar protección recíproca a los intereses navieros de los estados miembros del sistema.

5.2.3. OTRAS NORMAS INTERNACIONALES Y TRATADOS “DE UNIFICACION DE CIERTAS REGLAS”

En el medio de las dos categorías analizadas en los puntos anteriores, existe una variedad infinita de convenciones, tratados y acuerdos internacionales, cuya vigencia limitada o amplia y su aplicabilidad a relaciones internas, puede depender del texto y de la intención de los redactores en cada uno de los casos.

En este campo, se encuentran la mayoría de las convenciones internacionales que regulan el derecho de los transportes (no sólo marítimo) y en especial las llamadas “Convenciones para la Unificación de Ciertas Reglas...”

Tratándose de convenciones de “unificación” con contenido material, parecería que la regla general debería ser la de suponer que realmente unifican el derecho interno en cada caso.

Pero aún en este campo se pueden hacer distinciones que van a depender en gran medida de la voluntad de los redactores y del contenido material de cada convención.

5.2.3.1. Convenciones Autolimitadas

Así por ejemplo, la Convención de Varsovia de 1929 titulada “Convención para la Unificación de Ciertas Reglas Relativas al Transporte Aéreo Internacional” regula el transporte aéreo y se encuentra ratificada por los cuatro países del MERCOSUR más Chile.

Tenemos pues que para el transporte aéreo hemos logrado una uniformidad en el campo del derecho material aplicable.

Pero esta Convención, a pesar de su título no es una convención de unificación del derecho material interno. Por el contrario, la expresa voluntad de sus autores fue autolimitarse: El artículo 1.1 dice que *“la presente Convención se aplicará a todo transporte internacio-*

52. Nos referimos a las Convenciones de Bruselas de 1924, y de Londres de 1957 y 1976 sobre Limitación de Responsabilidad por Créditos Marítimos. La hoy olvidada Convención de 1924 fue la única que se tituló de “unificación de ciertas reglas” y la única que fue ratificada por un país de la región (Brasil). Todas las subsiguientes Convenciones sobre el tema, no son convenciones de “unificación” del derecho sino típicos tratados pensados para funcionar sobre el principio de reciprocidad entre naciones con grandes intereses navieros que se conceden privilegios proteccionistas para operar sólo entre los Estados ratificantes.

nal de personas, equipajes o mercancías efectuado por aeronave mediante remuneración...” o sea que no se aplica al transporte interno. Y es más: tampoco se aplica a todo el transporte internacional sino que el art. 1.2 restringe aún más el ámbito de aplicación y lo limita solamente a los transportes internacionales efectuados entre aeropuertos “*situados en el territorio de dos Altas Partes Contratantes...*”.

5.2.3.2. Convenciones no Autolimitadas y de Unificación del Derecho

Otras convenciones carecen de tales estipulaciones restrictivas.

Notoriamente, la Convención de Bruselas de 1924 (titulada “Convención Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque”⁵³ parece pensada y redactada buscando la uniformidad legislativa de todos los Estados.

Ya hemos visto que en la navegación fluvial entre Uruguay (no ratificante) y puertos de Argentina y Paraguay, la no ratificación por parte de Uruguay puede ser una fuente de grandes dudas interpretativas. Aunque estaríamos en la hipótesis estudiada en el capítulo anterior (aplicación de una Convención no ratificada por el Estado del país que conoce del caso) los ejemplos planteados (en especial el caso del buque Río Blanco)⁵⁴ nos llevan al mismo problema: Cuando un buque viaja de Argentina a Paraguay sin duda rige la convención, pero ¿cuándo viaja de Uruguay a Paraguay, qué es lo que rige?

Para llegar a una conclusión debemos determinar si la ratificación de la Convención modificó el derecho interno del país de destino (aplicable según la norma del conflicto del Tratado de Derecho de la Navegación Comercial Internacional de 1940: norma de conflicto vigente entre Uruguay y Paraguay a falta de derecho uniforme de fondo). La posición de nuestra jurisprudencia ha sido de que la ratificación de Bruselas de 1924 modificó el derecho interno paraguayo, y que la Convención se aplica al caso en ejemplo.

No obstante, es evidente que el tema de la vigencia interna y de los pasos que debe dar cada país para lograrla es un tema que pertenece más al derecho constitucional de cada país que al propio tratado, por lo cual, en general este tipo de convención no resuelve el tema en su texto. Cada país tiene su sistema: muchos de los ratificantes han aprobado además leyes internas coincidentes –o más o menos coincidentes– las llamadas “Carriage of Goods by Sea Acts”. Estados Unidos, Inglaterra y otros países del “common law” son notorios por esto⁵⁵.

La única referencia a su ámbito de aplicación en la Convención de 1924 surge del art.10 el que establece que “*Las disposiciones de la presente convención se aplicarán a cualquier*

53. Ratificada en la región por Argentina, Bolivia y Paraguay, pero no por Brasil y Uruguay.

54. Ver nota 14 ut supra.

55. Un caso curioso lo plantea India, país que no ratificó Bruselas de 1924 pero dictó una “Carriage of Goods by Sea Act” repitiendo su texto, con lo cual la “convención para la unificación” es derecho interno pero no tratado vinculante. Estados Unidos, en cambio, es ratificante y dictó una ley interna (la COGSA 1936) pero con un texto que no coincide exactamente con el tratado. Notoriamente impuso un límite de 500 dólares por bulto en moneda papel afectada por inflación en violación del art.9º de la Convención. A sesenta años de su aprobación los intereses navieros de Estados Unidos siguen aferrados a ese límite irrisorio. India en cambio a pesar de no ser ratificante, respetó integralmente el texto original de Bruselas de 1924 en este tema al punto de que su jurisprudencia fue la primera en establecer y defender que la limitación debía calcularse al valor oro del mercado (Hussein vs. Great Eastern Shipping Co. Tribunal de Apelaciones de Kerala. 1960 Indian Law Reports 1028- Citada por Hobhouse en su sentencia al caso Rosa S en autos “New Hunter Engineering SPA vs. MV Rosa S”- Revista de Transporte y Seguros N°2 caso 27 p.97).

conocimiento expedido en uno de los Estados contratantes”, así que no sólo no exige que los lugares de partida y/o destino del contrato de transporte sean en un país contratantes, sino que tampoco parece exigir siquiera que el transporte pactado sea internacional.

Es más, la jurisprudencia internacional desde su entrada en vigor, aplicó las Reglas de la Haya (el otro nombre de esta Convención) toda vez que el punto de conexión utilizado nos remitiera a la misma con prescindencia del art. 10. Los países que sostienen la autonomía de la voluntad, aceptaban la Convención como derecho aplicable toda vez que el conocimiento de embarque se remitía a ella (sin entrar a considerar si los Estados participantes en el tráfico eran o no ratificantes)⁵⁶.

Esta tendencia fue recogida en el Protocolo de reforma de 1968 (Reglas de La Haya-Visby). El art. 5º de la misma agrega dos literales al texto del art. 10º de Bruselas: El b) incluye los casos en los que *“el transporte sea iniciado en el puerto de un Estado contratante”* y el c) agrega los casos en los que *“el conocimiento prevea que las disposiciones de la presente Convención o de cualquier otra legislación que las aplique o les dé fuerza, regirán el contrato”*.

Ello recoge la tendencia jurisprudencial anterior a su aplicación en todos los casos *“cualesquiera sea la nacionalidad del buque, del transportador, el cargador, el destinatario o de toda otra persona interesada.”*

O sea que el principio es el de la aplicación universal, tanto que el nuevo texto agrega además: *“El presente artículo no impide que cualquier Estado contratante aplique las disposiciones de la presente Convención a los contratos no cubiertos por las normas precedentes”*.

Esto es: si las normas de Derecho Internacional Privado de conflicto de un Estado permiten extenderlo a otras hipótesis, o usar otros puntos de conexión no previstos, la Convención lo autoriza y hasta lo alienta. El texto del artículo que define el ámbito de aplicación no se considera limitativo.

5.2.3.3. Otras convenciones

En Cada Convención el problema puede ser más o menos complejo.

También la Convención de Bruselas de 1926 que hemos examinando antes (*“Convención Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas Relativas a los Privilegios e Hipotecas Marítimos”*)⁵⁷ parece redactada, como se dijo antes, pensando en lograr la uniformidad legislativa, incluso del derecho interno. Pero el artículo referido al tema del alcance

56. Los tribunales de los países como el nuestro, que además de ser no ratificantes rechazan la autonomía de la voluntad en esta materia, aplican o no la Convención de Bruselas de 1924 y 1968 (La Haya o La Haya-Visby según los casos) según si el país del lugar de cumplimiento del contrato (punto de conexión relevante en nuestro derecho conforme el art. 2399 C.Civ.), sea o no ratificante de la misma. No aplican la Convención cuando el lugar de destino es Uruguay (Ver: *“Royal Insurance c/ ELMA, buque San Juan, JLC-14, Sent. 257 del 8/12/86; TAC-1, Sent. 279 del 19/10/87”*. RTYS 2, caso 13, p. 19); En cambio sí aplican la Convención cuando el país de destino es ratificante (Ver: *“Royal Insurance c/ Flota Mercante del Estado (República del Paraguay), buque Río Blanco, JLC-5, Sent. 230 del 30/8/91” (consentida)*. RTYS 5, caso 68, p. 44). Un caso curioso lo plantean algunos transportes marítimos desde Perú a Uruguay, en ese caso rige el Tratado de Derecho Comercial de Montevideo de 1889 el que se remite a la ley de la agencia marítima que contrató el flete, lo que nos lleva a la *lex celebrationis* y ello hace aplicable la Convención de Bruselas de 1924 (Perú es ratificante) (Ver: *“Nessembern Assurantien B.V. c/ ELMA, buque Río Los Sauces, JLC-11, Sent. 343 del 30/12/87” (consentida)*. RTYS 4, caso 44, p. 9.; *Royal Insurance c/ ELMA, buque Río Los Sauces, JLC-10, Sent. 255 de 25/7/86; TAC-3, Sent. 396 de 14/12/87*. RTYS 1, caso 1, p. 9

57. Ratificada en la sub-región por Argentina, Brasil y Uruguay; no así por Bolivia y Paraguay.

de la Convención, plantea más bien el segundo tema al que nos habíamos referido: si la convención se extiende incluso a navíos, acreedores o situaciones en los que intervengan países no ratificantes, cuando la situación sea internacional y no interna⁵⁸. Nos inclinamos por la posición que sostiene que su ratificación modificó el derecho interno nacional y entonces su texto se extiende a casos de derecho interno o caso internacionales con países no ratificantes. Como vemos la problemática planteada en el campo del derecho marítimo es muy compleja y los intereses afectados pueden ser enormes.

La respuesta concreta varía, según hemos visto, de convención en convención, y de país a país, por lo que difícilmente podría darse una respuesta general, por lo que es necesario un previo estudio de los problemas que plantea la coordinación de fuentes en el ámbito del Derecho Internacional Privado en general⁵⁹, que excede los límites de esta exposición.

6. CONCLUSIÓN: NECESIDAD DE UNIFORMIZAR EL DERECHO MARÍTIMO EN EL MERCOSUR Y LA HIDROVÍA

Como conclusión los temas que se plantean para la unificación del derecho de la navegación en la Hidrovía y entre los países del Mercosur son complejos y recién comienzan a verse.

Los problemas que plantean las cuestiones de coordinación y vigencia entre las normas de fuente interna y externa, son especialmente importantes cuando estudiamos dicha temática en el campo del derecho marítimo (normas materiales internas e internacionales) y del derecho internacional privado (normas de conflicto también de fuente interna o internacional) aplicable al campo del derecho marítimo.

En particular, el problema de si la ratificación de “convenciones para la unificación...” modifica el derecho positivo interno, o sólo agrega una norma más al derecho positivo de fuente internacional (y por tanto sólo vigente entre los países ratificantes de la convención en cuestión) es un tema de la mayor importancia en lo que hace a la posible modernización y actualización del derecho marítimo nacional. Es de la mayor importancia además en lo que hace al esfuerzo permanente de UNIDROIT, de UNCTAD y del Comité Marítimo Internacional, por lograr un derecho del comercio internacional y en especial un derecho marítimo unificado.

Planteado el problema en teoría, la primera reacción del intérprete podría ser simplemente pensar que puesto que las convenciones internacionales son por definición parte del derecho positivo de fuente internacional convencional, sólo afectarían las relaciones entre los países ratificantes. Pero cuando se estudian las consecuencias últimas de esta tesis, se ve que la misma es absolutamente inadecuada para la solución de la problemática real del comercio internacional y del derecho marítimo.

58. Es de hacer notar que su art.14 establece: “Las disposiciones de esta Convención se aplicarán en cada Estado contratante en los casos en los cuales el navío reclamado pertenezca a un Estado contratante al igual que en cualquier otro caso previsto por las leyes nacionales. Sin embargo el principio formulado en el párrafo precedente no afecta el derecho de los Estados contratantes de no aplicar las disposiciones de esta Convención en favor de súbditos de un Estado no contratante.” Esta redacción notoriamente defectuosa, mezcla dos problemas, el primero es a qué navíos afecta, y el segundo es a cuáles acreedores beneficia.

59. Ver al respecto: F. Aguirre Ramírez y C. Fresnedo de Aguirre, *Derecho Internacional Marítimo en el Mercosur*, T. II, FCU (en edición).

La unificación del derecho marítimo material de fondo, deberá ir de la mano con su modernización: obviamente no vamos a pretender que Argentina vuelva al Código de Comercio anterior del siglo pasado.

Si el tema fuera la unificación argentino uruguaya, creo la respuesta sería relativamente sencilla, Uruguay debería adoptar la Ley de Navegación argentina (negociando los cambios que sean necesarios, pero tratando de obtener un texto de derecho positivo común sobre esa base).

Si agregamos a Paraguay a esa negociación, quizás la respuesta sea similar. Pero si agregamos a Brasil, entonces ya no tenemos una respuesta sino una infinidad de interrogantes: nadie sabe qué quiere Brasil pero sin duda no va a ser adoptar el derecho argentino.

Un enfoque más realista podría ser que la posibilidad de unificación a mediano plazo es más real con Chile que con Brasil.

Aunque esto nos pone afuera de la Hidrovía, el derecho marítimo común podría tener un primer paso de elaboración limitándose al tema "transporte de mercaderías por agua". Todos los demás temas del derecho marítimo no tocan intereses tan sensibles y podrían plantearse como pasos sucesivos para el futuro.

En este campo más que a los derechos internos, nos debemos referir a las convenciones internacionales y la ratificación por Chile de las Reglas de Hamburgo de 1978 es el "punto sin retorno" en el tema.

Las Reglas de Hamburgo son un conjunto de reglas bastante sofisticadas sumamente complejas y que tienen la enorme ventaja de regular el transporte de mercaderías, abandonando el enfoque casuístico anglosajón y llevándolo al planteo continental romanista que nos es familiar: la obligación del contrato de transporte es una obligación de resultado, la responsabilidad se presume y el armador tiene todas las causas de exclusión de responsabilidad (fuerza mayor, caso fortuito, vicio propio, etc.) que la doctrina y la tradición han establecido.

Hay que ver el horror que este cambio les causa a los juristas anglosajones (apegados a la enumeración taxativa de las Reglas de la Haya) para entender lo conveniente que sería para nosotros desde el punto de vista de seguridad jurídica y la tranquilidad de estar regulados por textos comprensible.

Pero cuando se habla de transporte de mercaderías, no se debe perder de vista que lo que importa en última instancia (ya que es lo que mueve a los grupos de interés que respaldarán o obstaculizarán el cambio) se llama: LIMITACION DE RESPONSABILIDAD.

En cualquier elaboración normativa sobre el tema lo primero que hay que definir es cuales van a ser los límites de responsabilidad aceptables para todas las partes (si se deja esto para el final se corre el riesgo de perder el tiempo).

En este tema Argentina tiene límites de responsabilidad altos regulados en una medida de oro (no afectable por inflación). Tanto la Ley de Navegación como la Convención de Bruselas de 1924 regulan el límite en una medida que se cotiza en el entorno de los USD 9.000 por bulto. Es posible que Argentina acepte ratificar La Haya Visby (con límites similares en francos oro) que implica una modernización imprescindible de las disposiciones de Bruselas (prevé los contenedores entre otras cosas). Pero difícilmente Argentina aceptará un sistema de Convenciones que rebaje los límites legales actuales.

Chile en cambio ratificó Hamburgo y esta Convención rebajó los límites a una medida muy inferior estimada en 835 DEG por bulto o 2,5 DEG por Kilo (lo que fuera mayor). Ello puede estimarse en un entorno de los 900 dólares por bulto y 4 dólares por quilo.

Esta rebaja generalizada de los límites realizada en el mundo desarrollado a partir de la década de los años setenta fue acompañada por el abandono del padrón oro y su fijación en Derechos Especiales de Giro, un promedio de una canasta de monedas papel de los países desarrollados, todas ellas afectadas por inflación. El resultado ha sido tan desastroso que se han comenzado a levantar voces en el propio mundo desarrollado para abandonar este sistema.

El profesor austríaco Ronald LOEWE⁶⁰ en un artículo publicado en 1996 analiza la CMR de 1956 que regula el transporte carretero en Europa y pronostica su colapso total si no se vuelve a los límites originales en una medida en oro.

“La otra enfermedad de la CMR es más grave y toca a su propia capacidad de atender en el futuro sus objetivos principales que son la equidad y la previsibilidad. Es sobre todo la equidad que se encuentra en tren de verse comprometida por el Protocolo de 1978 y por la devaluación de la moneda considerada estable en dicho Protocolo, los derechos especiales de giro (D.E.G.)”.

Loewe señala que el límite original en francos oro establecido en 1956 fue pasado a D.E.G. por el Protocolo de 1978 y agrega que la declinación de los montos indemnizatorios por efecto de la inflación amenaza a llevar a la CMR a un punto de no funcionamiento.

Y lo demuestra con cifras irrefutables: *“Es la disminución de la indemnización (...) que podrá, si continúa –todo nos lleva a creer que continuará– arruinar la CMR”.* (...)

“Nos hemos permitido hacer un poco de matemáticas, no con la exactitud minuciosa que es uno de los atractivos de esta ciencia y limitándonos a una de las monedas más importantes de Europa: el Marco alemán (DM). La operación llegaría a más o menos los mismos resultados tomando, no importa cual, de cualesquiera otras monedas libremente convertibles.” (...)

“Se ha dicho que en el momento de la aprobación de la CMR, los 25 francos oro representaban 34 DM. Los 8,33 DEG corresponden actualmente a 18 DM. La inflación en Alemania después de 1956 ha sido relativamente modesta: ella está en un entorno de 240%; los 34 DM de entonces, valdrían 115,60 DM de hoy en día. El monto límite del art. 23 (3) ha perdido entretanto 4/5 partes de su valor y se encuentra al nivel propuesto por las delegaciones a Ginebra que querían limitar la indemnización a 5 francos oro”.

Esto que sucedió a la CMR, sucede exactamente igual con todas las demás tentativas de pasar los límites en oro del sistema Bruselas- La Haya-Varsovia, a límites en DEG afectados por inflación. Si no se reforma pronto nos veremos a un sistema de Convenciones que lo que consagra es la plena irresponsabilidad de los transportadores y no la mera limitación.

En un artículo similar, publicado en agosto de 1998, Nicholas GASKELL⁶¹ da cuenta de la inviabilidad del sistema de límites de las Convención de Limitación de Responsabilidad de Créditos Marítimos de 1976 y de las similares sobre contaminación marina. Desde luego, Gaskell no tiene las cosas tan claras como Loewe y en lugar de la vuelta al límite oro (un

60. Roland LOEWE “La CMR a 40 ans” en *Revue de Droit Uniforme* NS Vol I 1996/3 (UNIDROIT Roma) pág 429. Loewe es profesor honorario de la Universidad de Salzburgo y Primer Vicepresidente del Directorio de UNIDROIT.

61. Nicholas GASKELL “New limits for passengers and others in the United Kingdom” en *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly* (1998 LMCLQ 305-464 pág.312) Lloyd’s London Press 1998. El Profesor Gaskell es catedrático de Derecho Comercial y Marítimo en el Instituto de Derecho Marítimo de la Universidad de Southampton.

tema tabú en medios marítimos del mundo desarrollado) da cuenta de los esfuerzos para aprobar un Protocolo que permita un sistema rápido de revisión dependiendo de decisiones a adoptarse por dos tercios de votos en el Comité Legal de la OMI. Nos permitimos ser muy escépticos respecto a la viabilidad de esta propuesta. El propio Gaskell plantea que la Convención de 1976 tardó diez años en obtener el número de ratificaciones necesario para entrar en vigor y los medios vinculados a la industria naviera suelen oponerse con uñas y dientes a cualquier aumento. Cualquier sistema de actualización de los límites por inflación debe ser automático y no depender de negociaciones a puertas cerradas en cenáculos semisecretos.

A vuelta a los límites en oro (en los que coinciden las Reglas de La Haya en derecho marítimo, la Convención de Varsovia en derecho aeronáutico, y la Ley de Navegación Argentina en el ámbito del Mercosur) o su no abandono en nuestro caso, parece ser la cuestión básica de cualquier futuro sistema de convenciones o derecho marítimo uniforme que intentemos implementar en la región.

Desde luego, los países proveedores de servicios armatoriales desean limitaciones cuanto más bajas mejor. A los países consumidores de servicios armatoriales esta transferencia de costos los perjudica.

Si va a comenzar a hablarse de una Convención de Derecho de transporte de Mercaderías por Agua en el Mercosur (o en la Hidrovía) los intereses encontrados van a ser enormes y la polémica va a centrarse en este tema.

Posiblemente el único punto de encuentro posible (argentino chileno en principio, pero con la posibilidad de incorporar a los demás países después) sea algo muy parecido a Hamburgo pero con límites más altos.

Por el momento la unificación del derecho marítimo (o también fluvial: llamémosle derecho del transporte por agua) en el Mercosur parece una fantasía pero también es un desafío y una meta que no debemos abandonar.