

Armonización y unificación del Derecho Privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades

Alejandro M. Garro

Profesor de Derecho Latinoamericano,
Universidad de Columbia;

Investigador Asociado,

Parker School of Foreign and Comparative Law;

Abogado, Universidad Nacional de La Plata;

LLM, Louisiana State University;

JSD, Columbia University.

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 85

Universidad Central de Venezuela

Caracas, 1992

INTRODUCCION *

La mayoría de los países de la región que suele identificarse como América Latina comparten una cultura jurídica de raigambre neo-romanista en el campo del derecho privado¹, un marco institucional de corte netamente liberal, original y fundamentalmente inspirado por el institucionalismo norteamericano², y un compromiso internacional con el sistema interamericano de protección de los derechos humanos³. Los países iberoamericanos también mantienen puntos de contacto a raíz de una historia política contemporánea relativamente accidentada

* Copyright © 1992, Alejandro M. Garro. Expreso mi agradecimiento por las observaciones críticas del Dr. José Luis Siqueiros y del Sr. Embajador Didier Operti Badán, a un borrador inicial de este manuscrito; mi reconocimiento al Estudio Jurídico Budreaux & Dahl por haber puesto a mi disposición su biblioteca y asistencia secretarial durante mi estadia en Dallas y a la Sra. Grossman del Departamento de Asuntos Jurídicos de la Organización de Estados Americanos por su gentil predisposición para hacerme llegar documentos de la O.E.A. utilizados en este trabajo. Los errores de información y de juicio, obviamente, corren exclusivamente por mi cuenta.

¹ V., *infra*, texto que acompaña las notas 114 - 131.

² La influencia del constitucionalismo norteamericano en América Latina sobrevino a la independencia política de España y Portugal y se extendió durante el siglo XIX fundamentalmente a través de la obra de Alexis de Tocqueville, *Lá democracia en América del Norte*, cuya traducción castellana por Sánchez de Bustamante ya se conocía en América Latina desde 1837. Véase H. Fix-Zamudio *Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, en *LATINOAMERICA: CONSTITUCION, PROCESO Y DERECHOS HUMANOS*, México, 1988, p. 223; *Breves reflexiones sobre los instrumentos de armonización jurídica en América Latina*, *ibidem*, p. 313.

³ En el año 1992, 23 países latinoamericanos ya han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, adoptada el 22 de noviembre de 1969 y que entró en vigor el 18 de julio de 1979. O.A.S.T. N° 36, Off. Rec. OEA/ser. L/V/II.23, doc. 21, rev. 6 (1979). Estos países son: Argentina, Barbados, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. De estos veintitrés países, catorce habían aceptado, a principios de 1992, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos contenciosos: Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Véase ANUAL REPORT OF THE INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, 1990-1991, Annex "A" (1991).

e inestable y una estructura social y económica similar. A pesar de las distinciones de matiz, en algunos casos importantes, que pueden trazarse entre sub-culturas jurídicas luso e hispanoamericana, y teniendo en cuenta las diferencias culturales entre países de extracción colonial francesa y británica en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA.), continúan existiendo puntos de contacto entre los sistemas jurídicos latinoamericanos. Estas características comunes se apoyan fundamentalmente en una identidad regional que permite analizar sus esfuerzos y contrastar sus logros y fracasos en el campo de la armonización y unificación del derecho privado ⁴.

El propósito del presente trabajo es el de reseñar la labor y las tendencias pasadas y futuras de la armonización y unificación del derecho privado en América Latina. Un segundo objetivo es el de examinar las tendencias actuales de integración jurídica latinoamericana a la luz de la creciente globalización del comercio internacional. Este análisis me conduce a aconsejar el abandono de la tradicional postura regionalista en los esfuerzos de unificación y armonización del derecho privado, al menos en tanto y en cuanto dicha postura no encuentre justificación en genuinas diferencias jurídicas con aquellos países con quienes las naciones de América Latina, individual y colectivamente, mantienen un nivel significativo de tráfico comercial internacional. La postura asumida propone una participación más activa por parte de los países latinoamericanos en los esfuerzos de unificación que llevan a cabo organismos con vocación unificadora universal como la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya

⁴ Los términos "armonización" y "unificación" son empleados en forma flexible en este artículo, pero conviene puntualizar que ambos vocablos tienen un alcance diferente. Una genuina "unificación" del derecho privado podría implicar la adopción de un texto común, que pueden ser tratados o convenciones internacionales o una ley modelo, y su aplicación directa por los tribunales locales o su revisión judicial por un tribunal supranacional. En cambio, el concepto de "armonización" (*rapprochement* o *Angleichung*) es más flexible y no implica necesariamente la adopción de un texto uniforme; se refiere más bien a una simple aproximación de criterios jurídicos, apoyándose en bases, leyes modelos, o doctrina común, que pueden servir de punto de partida para que los legisladores y jueces nacionales puedan coordinar el enfoque jurídico de un conflicto de intereses determinado. Véase Ancel: *From the Unification of Law to Its Harmonization* TULANE LAW REVIEW, diciembre 1976, pp. 114-117; Fix-Zamudio: *Breves reflexiones sobre los instrumentos de armonización jurídica en América Latina*, en *LATINOAMERICA: CONSTITUCION, PROCESO Y DERECHOS HUMANOS*, México, UNAM, 1988, pp. 313, 316, 322; Zaphiriou *Harmonization of Private Rules Between Civil and Common Law Jurisdictions*, AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, vol. 38, 1990, p. 71. Véase también, Monaco *L'evoluzione attuale del diritto uniforme*, en *RACCOLTA DI SCRITTI IN MEMORIA DI AGOSTINO CURTI GIALDINO*, vol. 1, 1990, pp. 145, 147 (quien ubica la armonización como una etapa intermedia entre la comparación y la unificación del Derecho).

(Conferencia de La Haya), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, también conocida por sus siglas en inglés UNCITRAL) y el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT).

La primera parte de este trabajo pretende ubicar el tema de la unificación del derecho privado dentro de la perspectiva actual de creciente globalización de la economía y solidificación de áreas libres de comercio. Luego haré un repaso de las dos etapas fundamentales en que se han dividido estos esfuerzos de unificación, destacando el rol protagónico asumido durante los últimos treinta años por el Comité Jurídico Interamericano de la OEA. Finalmente, se formulan algunos planteos respecto a los obstáculos con que se enfrentan las fuerzas de la unificación jurídica latinoamericana y se esbozan algunas perspectivas sobre la integración futura de los países de América Latina a las corrientes universales del derecho mercantil internacional.

HOMOGENEIDAD JURIDICA LATINOAMERICANA Y LA UNIFICACION DEL DERECHO PRIVADO EN UN MUNDO DE CRECIENTE INTERDEPENDENCIA ECONOMICA

La armonización y eventual unificación del derecho privado en América Latina está sugerida por su identidad lingüística y geográfica, religión, lengua, una cierta homogeneidad de costumbres, una similitud de problemas de orden económico, social, político, y, fundamentalmente, raíces jurídicas comunes. De allí que nunca hayan faltado iniciativas en favor de la unificación jurídica latinoamericana, cuyo largo historial se extiende desde el Congreso de Panamá de 1826 convocado por Bolívar ⁵, hasta las modernas convenciones interamericanas adoptadas por las Conferencias Especializadas Interamericanas

⁵ Aunque sería exagerado considerar al Congreso de Panamá de 1826 como un paso concreto en materia de codificación del derecho internacional privado latinoamericano, su convocatoria refleja una temprana voluntad política en favor de la armonización jurídica latinoamericana. Fundamentalmente, el Congreso de Panamá se propuso establecer las bases de una política exterior común, un pacto de alianza defensiva y establecer un tribunal internacional de justicia. El Tratado de Panamá, aprobado por este Congreso y suscripto por México, América Central, Colombia y Perú, dispuso el entendimiento futuro de los gobiernos con el fin de discutir y aprobar los principios jurídicos que debían regir sus relaciones mutuas. Véase Briceño Berrú, **Reflexiones sobre la codificación del derecho internacional privado en América Latina**, en *L' UNIFICAZIONE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E PROCESSUALE STUDI IN MEMORIA DE MARIO GIULANO*, pp. 157, 159 (1989) [citado como Briceño Berrú, **Reflexiones sobre la codificación**].

sobre Derecho Internacional Privado (CIDIPs) que desde 1975 se llevan a cabo en el seno de la OEA. ⁶

En una primera etapa, que precedió a los movimientos europeos de unificación jurídica continental, los países de América Latina se embarcaron en un ambicioso proyecto de codificación del derecho internacional privado. Una segunda etapa más pragmática, protagonizada por las CIDIP, abandonó la aspiración romántica de la codificación global y se concentró en temas más específicos. Si bien los esfuerzos pioneros y comprensivos de unificación del derecho privado no tuvieron mucho éxito ⁷, aquellos realizados por las CIDIPs han culminado hasta la fecha con la aprobación de 21 convenciones interamericanas. Los esfuerzos encaminados a la próxima CIDIP, a realizarse en México en 1994, afirman esta tendencia unificadora hacia una codificación progresiva del derecho internacional privado interamericano ⁸.

Los trabajos de las CIDIPs han sido modesta y realísticamente limitados en cuanto a la materia y al espacio. Así, los temas objetos de unificación o armonización no se han extendido más allá de cuestiones relacionadas con los criterios de selección del derecho aplicable y la coordinación de mecanismos de cooperación judicial internacional. Aun cuando se prevé la adhesión de estas convenciones por países que no pertenecen a la OEA, el ámbito espacial de aceptación de los instrumentos interamericanos no excede en la mayoría de los casos el de América Latina. Este objetivo y lo que ya se ha logrado en su cometido no es desdeñable. Sin embargo, la realidad contemporánea del derecho mercantil internacional exige un replanteo acerca de la conveniencia de mantener una postura regionalista en los esfuerzos de unificación del derecho privado.

La implantación de bloques económicos regionales constituye un impulso muy importante en los esfuerzos de armonización y unificación del derecho ⁹. Esto

⁶ Véase *infra*, texto acompañando las notas 33-38.

⁷ Véase *infra*, texto que acompaña las notas 16-27.

⁸ Véase *infra*, texto que acompaña las notas 81-106.

⁹ Véase J. Limpens *La evolución de la unificación del Derecho*, REVISTA DE DERECHO COMPARADO; Barcelona, enero-diciembre 1960, pp. 9-18; *Id.*, *Relations entre l'unification au niveau régional et l'unification au niveau universel*, REVUE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARE, París, enero-marzo 1964, pp. 13-31 (quien sostiene que la unificación de carácter regional constituye un paso obligado en la aspiración de una armonización más extensa).

puede comprobarse con la experiencia contemporánea de los países de Europa, que continúan elaborando a ritmo acelerado un derecho comunitario por conducto de la integración económica. Sin embargo, los esfuerzos de armonización y unificación del derecho mercantil en el mundo contemporáneo no se inspiran necesariamente en intereses regionalistas. Se trata más bien de armonizar criterios jurídicos entre países que, a pesar de contar con una tradición jurídica diferenciada y una acentuada disparidad de desarrollo económico, mantienen una relación comercial y por ende de conflictos jurídicos lo suficientemente importantes como para justificar la armonización de sus ordenamientos jurídicos. En una época de creciente interdependencia comercial entre países del "Norte" y del "Sur", entre los que se cuentan en ambos campos naciones con tradición jurídica anglosajona y continental romanista, es necesario replantearse la necesidad y conveniencia en dirigir los esfuerzos de unificación del derecho privado en términos universales y no meramente regionales.

Existen por cierto un buen número de esfuerzos encaminados a solidificar bloques económicos que enlacen los intereses de los Estados Unidos y Canadá con México¹⁰, otro entre repúblicas centroamericanas¹¹, los países de la región andina¹² e incluso los del cono sur del hemisferio¹³. Sin embargo, los resultados

¹⁰ Existe la posibilidad concreta que México se adhiera al Tratado de Libre Comercio celebrado en 1989 entre Canadá y Estados Unidos, circunstancia que sin duda tendrá un impacto importante en la unificación y armonización del derecho privado mexicano y el de sus vecinos anglosajones. V., M. Miller, *El acuerdo de libre comercio entre Canadá y Estados Unidos: Lecciones para América Latina*, INTEGRACION LATINOAMERICANA, Buenos Aires, enero-febrero 1990, N° 153, pp. 24-34; G.C. Smith *The United States-Mexico Framework Agreement: Implications for Bilateral Trade*, LAW AND POLICY IN INTERNATIONAL BUSINESS, 1989, vol. 20, p. 655; R. Sandoval: *Mexico's Path Towards the Free Trade Agreement With the U.S.*, 1991. INTER-AMERICAN LAW REVIEW, vol. 23, p. 133.

¹¹ La carta de San Salvador, del 14 de octubre de 1951, creó una Organización de Estados Centroamericanos (ODECA) que estableció varios instrumentos formales de unificación jurídica. V., F. Villagrán Kramer *Controles de legalidad e impugnación de los actos de los organismos de la integración centroamericana*. DERECHO DE LA INTEGRACION, Buenos Aires, abril de 1969, pp. 141-155. También se ha intentado establecer un tribunal comunitario centroamericano, aunque con una competencia distinta a la ejercida por la Corte de Justicia Centroamericana que funcionó entre 1907 y 1918. V., C.J. Gutiérrez *La Corte de Justicia Centroamericana*, REVISTA DEL COLEGIO DE ABOGADOS, San José, setiembre-diciembre de 1949, vols. 45-48, pp. 262-276, 297-315, 361-367 y 378-402.

¹² Acerca de los vaivenes de "integración" y "desintegración" de los países del llamado Pacto Andino que firmaron el Acuerdo de Cartagena del 26 de mayo de 1969 (originalmente firmado por Bolivia, Chile, Ecuador y Perú, al que posteriormente se unió Venezuela y del que se desprendió Chile), puede consultarse con provecho la obra de F.V. GARCIA AMADOR *THE ANDEAN LEGAL ORDER. A NEW COMMUNITY LAW*, Dobbs Ferry, Nueva York, 1978; V.J.G. Andueza, *La aplicación directa del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena*, INTEGRACION LATINOAMERICANA, Buenos Aires, 1985, vol. 98, p. 3; A. Preziosi, *The Andean Pact's Foreign*

económicos de la integración latinoamericana han sido modestos hasta la fecha. El nivel de intercambio comercial de los países de América Latina entre sí, al menos por el momento, carece en la mayoría de los casos de la envergadura de las relaciones comerciales que mantienen cada uno de los países de la región con los países de la Comunidad Económica Europea y los Estados Unidos. De allí la necesidad que los esfuerzos de unificación del derecho privado en América Latina deban orientarse hacia una creciente participación en esfuerzos similares que llevan a cabo organismos con vocación unificadora universal. Este planteo no se encuentra justificado solamente en el nivel de intercambio comercial que mantienen los países de la región, sino que también se apoya en la ausencia de criterios jurídicos diferenciadores de entidad suficiente como para justificar una postura regionalista separada de las corrientes de unificación universal.

Reconozco que la adhesión de muchos países latinoamericanos a convenciones multilaterales sobre derecho internacional privado ha sido lograda gracias a la labor tesonera de los organismos técnicos de la OEA. Es oportuno tener en cuenta la improbabilidad que un buen número de países hubieran prestado su conformidad a adherirse a un convenio multilateral fuera del contexto regional interamericano. Esto es comprensible, pero no necesariamente justificable. Existe por cierto una mayor predisposición política a adoptar textos "propios" que a adherirse a convenciones universales, tendencia que, por otra parte, no es exclusiva de los países de América Latina. Sin embargo, a pesar de esta realidad política, cabe preguntarse si esta postura regionalista encuentra su razón de ser en diferencias genuinas en el enfoque jurídico respecto a los temas sujetos a unificación. Creo que éste no es el caso y que redundaría en beneficio de los países de América Latina reemplazar la retórica de solidaridad hemisférica por un trabajo serio,

Investment Code Decision 220: An Agreement to Disagree, INTER-AMERICAN LAW REVIEW, Miami, 1989, vol. 20, p. 3.

¹³ El proceso de integración subregional en América Latina dio un paso importante al concluirse el Tratado para la Constitución de un Mercado Común (Tratado de Asunción) entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. V. Ch. Chatterjee, **The Treaty of Asunción: an Analysis**, JOURNAL OF WORLD TRADE LAW, Geneva, 1992, vol. 26, p. 63. La decisión política de constituir antes de 1995 el denominado "Mercado Común del Cono Sur" responde la "consolidación de los grandes espacios económicos y la globalización del escenario económico internacional" Acta de Buenos Aires del 6 de julio de 1990. V., E. Oteiza y G. Tempesta, **El desafío del mercado único**, REVISTA DE JURISPRUDENCIA ARGENTINA, Buenos Aires, 25 de diciembre de 1991, N° 5756, p. 2; S. Albanese, **El Tratado de Asunción: Hacia la constitución de "Mercosur"**, REVISTA LA LEY, Buenos Aires, 15 de octubre de 1991, p. 1.

orientado a determinar las áreas de coincidencia y reforzando su adecuada representación en los foros internacionales para la defensa de aquellas posturas jurídicas que realmente justifiquen, en cada caso concreto, un apartamiento de las corrientes de unificación universal.

En efecto, estimo que las diferencias jurídicas, en aquellos casos en que se presentan, no son tantas, y que vale la pena embarcarse en el esfuerzo de superarlas. La semejanza de criterios puede constatare al comparar la similitud, cuando no identidad, de textos adoptados por algunas convenciones interamericanas en materia de cooperación judicial con aquellos que sobre el mismo tema han sido previamente elaborados por la Conferencia de La Haya. También puede constatare este núcleo común de aproximaciones al comparar la convención sobre arbitraje comercial internacional elaborada en 1958 bajo el auspicio de las Naciones Unidas con la convención interamericana sobre el mismo tema¹⁴. Además, como se verá con mayor detenimiento más adelante, el actual anteproyecto de convención interamericana en materia de ley aplicable a los contratos internacionales también es compatible con las orientaciones básicas adoptadas en el mismo tema por las Convenciones de Roma (1980) y La Haya (1986)¹⁵.

Si las discrepancias jurídicas no son tan importantes como para precluir un entendimiento entre los criterios inspiradores de la unificación del derecho privado universal, ¿no vale la pena acaso incrementar la participación latinoamericana en foros como la Conferencia de La Haya a efectos de arribar a un acuerdo multilateral de mayor alcance espacial? ¿Acaso no redundaría esta apertura en un beneficio de todos los Estados que participan en los esfuerzos de unificación? No desconozco el valor que ha tenido a través de los años el espíritu de solidaridad latinoamericana, históricamente dirigido a asegurar una independencia política y soberanía económica en constante acecho. Sin embargo, este sentimiento recíproco de fraternidad, que pocas veces ha fructificado en logros concretos, no debe conducir al enclaustramiento de los esfuerzos de unificación del derecho privado. A fin de apreciar las posibilidades que se

¹⁴ V., A. Van den Berg, *The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975; Redundancy or Compatibility?*, ARBITRATION INTERNATIONAL, Londres, 1989, vol. 5, p. 214.

¹⁵ V. *Documento de antecedentes sobre el tema "Proyecto de Temario de la Reunión de Expertos en Materia de Contratación Internacional"*, OEA/Ser.G. CP/CAJP-839/91, 29 octubre 1991. Asimismo, véase *infra*, texto que acompaña las notas 96 - 106.

ofrecen para integrar la perspectiva latinoamericana a las nuevas tendencias del derecho mercantil internacional, conviene repasar brevemente el historial de la codificación del derecho internacional privado en América Latina. Luego de reseñar las etapas por las que ha atravesado este largo proceso, pasaré a examinar las perspectivas que se ofrecen para la unificación del derecho privado substantivo latinoamericano en el campo de la contratación internacional. El propósito de esta excursión panorámica no es el de profundizar acerca del alcance normativo de estos esfuerzos, sino más bien apreciar su impacto en la futura participación de los países latinoamericanos en los esfuerzos de unificación en los que se encuentran embarcados otros foros internacionales.

ETAPAS EN LA CODIFICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN AMERICA LATINA: DEL IDEALISMO AL PRAGMATISMO

Los esfuerzos pioneros de los países de América Latina en la unificación del derecho privado se remontan al siglo pasado¹⁶. La fuerza inspiradora de estos esfuerzos reposaba en el optimismo universalista de las ideologías imperantes en aquella época, que perseguía una codificación comprensiva del derecho privado universal. En 1875, cuando los países de Europa recién comenzaban a preocuparse por la unificación del derecho privado, el gobierno peruano

¹⁶ Entre una abundante bibliografía sobre la codificación del derecho internacional privado en América Latina, puede consultarse Briceño Berrú: *Sinopsis histórica de la codificación del Derecho internacional privado civil y procesal en América Latina*, en ACTAS PROCESALES DE DERECHO VIVO, Caracas, 1981, pp. 177-215; GARCIA AMADOR, SISTEMA INTERAMERICANO A TRAVES DE TRATADOS, CONVENCIONES Y OTROS DOCUMENTOS, vol. I, Secretaría General de la OEA, Washington, 1981; CAICEDO CASTILLA, *La contribución de América Latina al desarrollo del Derecho internacional: realizaciones del Comité Jurídico Interamericano*, en TERCER CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ORGANIZADO POR EL COMITE JURIDICO INTERAMERICANO, Secretaría General de la OEA, Washington, 1976, pp. 13-42; PARRA-ARANGUREN, CODIFICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN AMERICA, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1982; Siqueiros, *La codificación del Derecho internacional privado en el continente americano*, JURIDICA, Anuario del Departamento de la Universidad Iberoamericana, México, 1982, pp. 235-251; Vieira, *La codificación del derecho internacional privado en el continente americano antes y después de Panamá*, ANUARIO IHLADI, Madrid, 1979, p. 261; Villela, *L'unification du droit international privé en Amérique Latine*, REVUE CRITIQUE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE, 1984, PP. 233-262; De Maekelt *General Rules of Private International Law in the Americas*, 177. RECUEIL DES COURS, p. 193 (1982-IV); Goldschmidt, *Droit international privé Latino-Americain*, JOURNAL DE DROIT INTERNATIONAL, vol. 100, p. 65 (1973); R. HERBERT, DEL CONGRESO DE LIMA A LA CIDIP-III (Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut, Saarbrücken 1984).

convocó a un grupo de juristas latinoamericanos para explorar si existían concepciones jurídicas lo suficientemente concordantes como para plasmarlas en acuerdos internacionales. Al Congreso de Lima de 1877-78 concurrieron, además del Perú, representantes de Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Cuba y Venezuela. La idea de emprender la unificación del derecho sustantivo interno de los países participantes fue pronto dejada de lado. La labor del Congreso de Lima se concentró en concluir un tratado de extradición y otro de derecho internacional privado. Este tratado constaba de 60 artículos divididos en 8 capítulos, incluyendo reglas sobre conflictos de leyes en materia de estado y capacidad civil, matrimonio, sucesiones, y mecanismos de cooperación en materia de competencia internacional y ejecución de sentencias extranjeras¹⁷. La guerra del Pacífico que se desató en 1879 y discrepancias respecto a algunas de sus disposiciones impidieron que el Tratado de Lima entrara en vigor al ser ratificado solamente por el país anfitrión¹⁸.

El paso siguiente más significativo dentro de este proceso de codificación latinoamericana fue el Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional privado de Montevideo, que tuvo lugar en 1889. En este congreso se adoptó el primer grupo de nueve tratados multilaterales sobre derecho internacional privado que entró en vigor en el mundo. Los tratados de Montevideo de 1889 fueron ratificados sólo por Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay¹⁹. Los tratados de mayor aplicación han sido los de Derecho civil,

¹⁷ Sobre el Congreso de Lima de 1877-78, puede consultarse García Calderón, *Congreso Americano de Jurisconsultos de Lima de 1877*, REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS, Lima, 1977, pp. 25-44; MacLean Ugarteche, *El Derecho Internacional Privado Peruano y el Congreso Americano de Jurisconsultos de Lima de 1877*, *ibid.*, pp. 45-67; NUÑEZ Valdivia, *Centenario del Tratado de Derecho Internacional Privado*, REVISTA DE JURISPRUDENCIA PERUANA, Lima, 1978, pp. 114-125 y 210-219; Pradier Fodéré *Notice sur les premières conférences du Congrès des Juristes Américains tenu à Lima*, BULLETIN DE LA SOCIÉTÉ DE LEGISLATION COMPAREE, Paris, 1878, pp. 524-533.

¹⁸ Mientras que el Tratado de Lima se inclinó por el sistema italiano de la nacionalidad para determinar la ley aplicable en materia de estado civil y capacidad de las personas, la mayoría de los países latinoamericanos se inclinaban por el criterio territorial que sugería la ley del domicilio. Algunas de las disposiciones del Tratado de Lima fueron posteriormente incorporadas al tratado bilateral de derecho internacional privado acordado en 1906 entre Ecuador y Colombia. Véase Maekelt, *supra* nota 18, p. 222.

¹⁹ Colombia, que no había participado en el Congreso, se adhirió posteriormente a los tratados sobre derecho procesal, civil y comercial. Véase Briceno Berrú: *Reflexiones sobre la codificación supra* nota 5, p. 175, n. 28, quien describe la siguiente situación actual de vigencia de los Tratados de Montevideo de 1889: (1) Derecho civil internacional (Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú, Uruguay, Colombia); (2) Derecho comercial internacional (Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú, Uruguay, Colombia); (3) Derecho procesal internacional (Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú, Uruguay, Colombia); (4) Derecho penal internacional (Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay); (5) Propiedad artística y literaria (Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú,

procesal y comercial internacional, pero sus praxis jurisprudencial ha sido bastante escasa en proporción a los años que han transcurrido desde que entraron en vigor²⁰. Los nueve tratados de Montevideo de 1889 fueron revisados por el Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de 1939-40. Empero, las modificaciones que se incorporaron a los Tratados de 1889 fueron escasas y sólo fueron ratificadas por Argentina, Paraguay y Uruguay²¹.

Sin duda que el esfuerzo unificador más comprensivo y de mayor alcance territorial en América Latina está representado por el Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante, aprobado en la Sexta Conferencia Panamericana que tuvo lugar en La Habana en 1928²². El Código Bustamante fue suscripto por 20 países y ratificado por 15 de ellos²³. Sin embargo, la apariencia de uniformidad que transmite a primera vista su extenso articulado se desvanece cuando se repara en las concesiones excesivas al derecho local y en la cantidad y amplitud de las reservas de que fue objeto²⁴.

Uruguay, también adherido por Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia, Hungría e Italia); (6) Patentes de invención (Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay); (8) Ejercicio de profesionales liberales (Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú, Uruguay, Colombia, Ecuador); (9) Protocolo adicional (Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay).

²⁰ Briceño Berrú, *Reflexiones sobre la codificación*, *supra* nota, p. 184, quien, además, destaca que las materias que fueron objeto de regulación especial se refieren al campo de las relaciones matrimoniales y a los contratos, y que en algunos de los Estados que ratificaron los tratados de Montevideo, éstos suelen servir de apoyo doctrinario, y aplicarse por analogía, a una diversidad de casos que resuelven conflictos con Estados que no son partes de dichos tratados. Véase también V. ROMERO DEL PRADO: *MANUAL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*, vol. 1, Buenos Aires, 1944, pp. 604, 606.

²¹ El estado actual de las ratificaciones de los Tratados de 1939-40 es el siguiente: los tres países (Argentina, Paraguay y Uruguay) ratificaron los tratados de derecho civil, comercial terrestre, navegación comercial, procesal, penal, la Convención sobre ejercicio de profesiones liberales y el Protocolo adicional. Solamente Paraguay y Uruguay ratificaron los tratados sobre asilo y refugio políticos y sobre propiedad intelectual Briceño Berrú, *Reflexiones sobre la codificación*, *supra* nota 5, p. 176, nota 33; De Mackelt, *supra* nota 18, p. 224.

²² Véase 86 L.N.T.S., 111; *The International Conferences of American States 1889-1928*, p. 367 (J.B. Scott ed, 1931); HUDSON, *INTERNATIONAL LEGISLATION*, 1931, vol. 4, p. 2279; J. SAMTLEBEN, *DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN AMERICA LATINA. TEORIA Y PRACTICA DEL CODIGO BUSTAMANTE*, Parte General, vol. 1, Buenos Aires, 1983; Lorenzen, *The Pan American Code of Private International Law*, *TULANE LAW REVIEW*, vol. 4, 1930, p. 499; Briceño Berrú, *Los tratados latinoamericanos de derecho internacional civil y procesal civil. Su valor y vigencia actuales*, *RIVISTA DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO Y PROCESSUALE*, 1980, pp. 535-553.

²³ Estos países son: Bolivia, Brazil, Chile, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú y Venezuela.

²⁴ Por ejemplo, en materia de ejecución de sentencias extranjeras (arts. 423-437), el Código carece de criterios uniformes para determinar el procedimiento aplicable al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, descansando en la ley procesal local del lugar de ejecución del fallo (art. 424). De esta forma, aunque el Código establece una serie de criterios para determinar la competencia internacional, los mismos se encuentran

El Código Bustamante no fue ratificado por Argentina, Colombia, México, Paraguay y Uruguay; cinco países (Bolivia, Costa Rica, Chile, Ecuador y El Salvador) lo ratificaron con reservas indeterminadas, esto es, subordinando la aplicación del Código a la legislación interna²⁵; y otros cuatro países (Brasil, Haití, República Dominicana y Venezuela) ratificaron el Código Bustamante haciendo reserva de algunos de sus artículos. Además, al disponer su artículo 7 que por "ley personal" se entiende la del domicilio o la de la nacionalidad, o la que haya adoptado o adopte en adelante la legislación interna del Estado interesado, la unificación del criterio de ley aplicable sólo se hubiera logrado en caso de un acuerdo generalizado acerca de la ley del domicilio o la de la nacionalidad²⁶. Esto no ocurrió, privando al Código Bustamante de su gran potencial unificador²⁷.

subordinados a lo que determine la ley local. Por lo tanto, para ejecutar una sentencia extranjera bajo el régimen del Código Bustamante, el tribunal que pronunció la sentencia no sólo debe ser competente conforme a la *lex fori*, sino que también debe serlo conforme a los criterios establecidos en el Código Bustamante, Véase, Cassad, *Civil Judgment Recognition and the Integration of Multi-State Associations, A Comparative Study*, HASTINGS INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW REVIEW, vol. 4, pp. 1, 21 (1980); J.D. Amado, *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Latin American Countries. An Overview and Update*, VIRGINIA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, 1990, VOL. 31, p. 90.

²⁵ Chile, por ejemplo, ratificó el Código Bustamante expresando que "... ante el derecho chileno y con relación a los conflictos que se produzcan entre la legislación chilena y alguna extranjera, los preceptos de la legislación actual o futura de Chile prevalecerán sobre dicho Código, en caso de desacuerdo entre unos y otros. GUZMAN Y MILLANS, CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Santiago, 1973, pp. 100-101; A. ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, AMERICAN-CHILEAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW, New York, 1960, p. 12. Este tipo de reserva es inadmisibles bajo el art. 19 (c) de la Convención de Viena sobre los Tratados, U.N. Doc. A/CONF. 39/27 (1969).

²⁶ Véase Bustamante, *The American Systems on Conflict of Laws and Their Reconciliation*, TULANE LAW REVIEW, vol. 5, 1931, pp. 537, 565-569. La mayoría de los países latinoamericanos establecen la ley del domicilio como ley personal en materia de capacidad civil. Los pocos países que mantenían el principio de la nacionalidad lo han cambiado por el de domicilio. En 1942, por ejemplo, Brasil adoptó la ley del domicilio en oportunidad de introducir reformas al Código Civil. Véase P.G. GARLAND, AMERICAN-BRAZILIAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW, New York, 1959, p. 25; H. VALLADAO, DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO, Sao Paulo, 1968, p. 187; Gallardo, *The Law of Domicile - A Remarkable Connecting Link in Latin-American Conflict of Laws*, INTER-AMERICAN LAW REVIEW, vol. 2, 1960, p. 64.

²⁷ Véase Briceño Berrú, *supra* nota 5, pp. 186-191 (quien describe el campo de aplicación del Código Bustamante en términos de extensión territorial: "De los 2,667,581 km² con que cuenta la superficie total de los países centroamericanos y México, cerca de dos millones pertenecen a este último, por lo que el área de los países no sudamericanos estrictamente hablando se ve circunscrita a 695.000 km², aproximadamente, que es la superficie de los países centroamericanos incluidas las dos islas mayores del Caribe. De los 17 millones de km² con que cuenta América del Sur, si restamos el Brasil (país que ratificó con reservas el Código Bustamante) y los países no ratificantes, el área territorial sobre la cual tiene validez en mayor o menor medida el Código Bustamante en América del Sur se ve reducida a cuatro millones de km², aproximadamente, los que corresponden a Venezuela, Ecuador, Perú, Bolivia y Chile. De estos últimos cinco países, Ecuador, Bolivia y

El paso siguiente de mayor significación en este largo proceso de unificación se produce al incorporarse a esta empresa la Organización de Estados Americanos. El establecer las bases institucionales de la OEA, la Carta de Bogotá aprobada en 1948 dispuso la creación de un Consejo Interamericano de Jurisconsultos, cuya misión incluía la de fomentar, en la medida de lo posible, la uniformidad de las legislaciones americanas. Durante la Tercera Conferencia Interamericana que tuvo lugar en Buenos Aires en 1967, la competencia del Consejo fue transferida a otro organismo, el Comité Jurídico Interamericano (CJI)²⁸. El artículo 105 de la carta de la OEA asigna al CJI, la misión de “promover el desarrollo progresivo y codificación... del derecho internacional... y estudiar los problemas jurídicos referentes a los países en desarrollo del Continente y la posibilidad de uniformar sus legislaciones en cuanto parezca conveniente”. Por su parte, el artículo 3 del Estatuto del CJI establece que uno de los fines de dicho organismo es el de “promover el desarrollo progresivo y la codificación del Derecho Internacional”. Entra en escena a partir de entonces el CJI, protagonista contemporáneo de los esfuerzos de unificación y armonización del derecho privado en América Latina.

Durante los años 50, los esfuerzos de los organismos técnicos de la OEA se orientaron a explotar la posibilidad de armonizar los criterios de selección del derecho aplicable adoptados por el Código Bustamante con aquellos incorporados en los Tratados Sudamericanos de Derecho Internacional Privado y el

Chile ratificaron el Código con reservas indeterminadas que es como decir, prescindir de él o subordinarlo a las leyes internas de cada país; por lo que el área de cuatro millones de km² se ve reducida aún a 2,197,265 Km², que es el área de Venezuela (ratificante con reservas determinadas) y Perú (único país del cono sur que ratificó sin reservas). Por lo que en conclusión en América hispana del Sur, el Código rige efectivamente entre Perú y Venezuela, y en todo el subcontinente entre estos países y el Brasil). Briceó Berrú también puntualiza la diversidad de tendencias respecto al Código Bustamante en América Latina, “que van de su aplicación casi inexistente (Haití y la República Dominicana) a una discreta observancia (Venezuela y Perú). Ibid, p. 190. Cabe recordar, empero, que los tribunales de algunos países regidos por el Código de Bustamante suelen invocar sus principios en la solución de conflictos vinculados con Estados no signatarios del mismo. Véase SAMTLEBEN, *supra* nota 22, p. 324; Briceó Berrú, *ibid.*, p. 188 R. S. LOMBARD, AMERICAN-VENEZUELAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW, New York, 1965, p. 26; GARLAND, *supra* nota 26, p. 18.

²⁸ Véase Robertson *Revision of the Organization of American States*, INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY, vol. 17, 1968, pp. 346, 359; “Protocolo de Buenos Aires”, 27 de febrero de 1967, T.I.A.S., N° 6847 AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, vol. 64, 1970, p. 966. Véase también, J.R. Vanossi, *El Comité Jurídico Interamericano (reseña de su historia y de su obra)*, REVISTA EL DERECHO, Buenos Aires, vol. 118, p. 771-83.

“Restatement of the Law of Conflicts of Laws” preparado por el “American Law Institute”²⁹. Estos intentos no fructificaron³⁰ y el CJI debió luchar durante los años siguientes contra la inercia de los gobiernos para que cooperaran en forma activa en los esfuerzos de codificación del derecho internacional privado.

Durante la segunda mitad de la década del 60, el CJI comenzó a considerar la posibilidad de orientar sus esfuerzos en forma gradual y progresiva. La idea era la de elaborar y ponerse de acuerdo en instrumentos enfocados en los aspectos medulares de las relaciones comerciales interamericanas, incluyendo temas diversos del derecho procesal y comercial internacional. Es así como en 1971 la Asamblea General de la OEA decidió convocar la Primera Conferencia Interamericana Especializada en Derecho Internacional Privado (CIDIP-I), que se realizó en la ciudad de Panamá del 14 al 30 de enero de 1975. A partir de entonces, las CIDIPs se han venido realizando aproximadamente cada cinco años³¹. En cada una de las materias que han integrado los temarios de las CIDIPs, el CJI ha preparado un informe y un proyecto de convención que ha servido como herramienta inicial de trabajo³².

Las CIDIPs y la nueva generación de convenciones interamericanas reafirman la tradición regionalista y codificadora del derecho internacional privado latinoamericano, pero bajo un nuevo rumbo más sectorializado y progresivo que el perseguido a comienzos del siglo³³. Hasta la fecha se han suscrito 21

²⁹ Véase “Possibility of Revision of the Bustamante Code,” en FINAL ACT OF THE FIFTH MEETING OF THE INTER-AMERICAN COUNCIL OF JURISTS, San Salvador, El Salvador, (Union Panamericana, marzo 1965, mimeo, CJI-77). Nadelmann, *The Need for Revision of the Bustamante Code in Private International Law*, AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, vol. 65, 1971, pp. 782, 783.

³⁰ Un proyecto preparado en 1966 por el profesor José Joaquín Caicedo Castilla no fue bien recibido en el seno de la OEA. Véase, DOCUMENTOS DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, OEA/Ser. Q/11.9-CIJ-15, Comité Jurídico Interamericano, Secretaría General de la Organización de Estados Americanos; Nadelmann, *Literature in Latin America on the Law of Conflict of Laws in the United States*, INTER-AMERICAN LAW REVIEW, vol. 4, 1962, p. 103; Nadelmann, *The Need for Revision*, nota, p. 784, n. 14.

³¹ OEA, Asamblea General, Costa Rica, April, 1971, Res. AG/RES.48

³² Véase PROYECTO DE CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE LEY APLICABLE EN MATERIA DE CONTRATACION INTERNACIONAL, Informe presentado por el Dr. José Luis Siqueiros, CJI/SO/II/doc.6/91, 3 junio 1991, p. 2.

³³ Desde esta perspectiva se encuentra la convocatoria a las CIDIP. Así la resolución II de la CIDIP-I de 1975 (Panamá), convocando a la CIDIP-II, expresa: “... es de suma importancia que se continúe observando el método adoptado en esta Conferencia en cuanto al tratamiento de los temas relativos al Derecho Internacional Privado, consistente en la preparación y aprobación de convenciones especiales para cuestiones específicas, iniciándose así una nueva etapa en la evolución de una rama tan importante del Derecho en el marco del Sistema Interamericano. ACTA FINAL de la CIDIP-I (Panamá, 1975), OEA. Ser. CVL.21.1.; ACTA FINAL de la CIDIP-II

convenciones interamericanas, todas ellas basadas en proyectos elaborados por el CJI, posteriormente discutidas y aprobadas en el seno de cuatro conferencias especializadas: CIDIP-I (Panamá, 1975)³⁴, CIDIP-II (Montevideo, 1979)³⁵, CIDIP-III (La Paz, 1984)³⁶ y CIDIP-IV (Montevideo, 1989)³⁷. Estas convenciones interamericanas sobre temas específicos han ido sustituyendo paulatinamente

(Montevideo 1979) CIDIP-II/Res. VII-79, OEA.Ser. C/VI.21.1; (La Paz, 1984), CIDIP-III/Res. VI-84, OEA.Ser.C/VI.21.3. Briceño Berrú, *Reflexiones sobre la codificación*, supra nota 5, p. 178.

³⁴ CIDIP-I (1975) adoptó convenciones en las siguientes materias: exhortos y cartas rogatorias, recepción de pruebas en el extranjero, régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero; letras de cambio, pagarés y facturas; cheques; arbitraje comercial. Véase, G. PARRA-ARANGUREN, LA PRIMERA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Panamá, 1975, en LIBRO HOMENAJE A LA MEMORIA DE JOAQUIN SANCHEZ COVISA, Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975, p. 273; Abarca Landero, *Convenciones Interamericanas en Materia Procesal, Panamá 1975*, en COOPERACION INTERAMERICANA EN LOS PROCEDIMIENTOS CIVILES Y MERCANTILES, UNAM, México, 1982, p. 682.

³⁵ CIDIP II (1979) adoptó convenciones sobre normas generales de derecho internacional privado; domicilio de las personas físicas en el derecho internacional privado; protocolo adicional a la convención sobre exhortos y cartas rogatorias de 1975; eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros; cumplimiento de medidas cautelares; prueba e información acerca del derecho extranjero; cheques; sociedades mercantiles. V., Samtleben, *Die Interamerikanischen Spezialkonferenz für internationale Privatrecht*, RABELS ZEITSCHRIFT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT, vol. 44, 1980, p. 44; Siqueiros, *Resumen de los resultados obtenidos en la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP-II)* celebrada en Montevideo, Uruguay, del 23 de abril al 8 de mayo de 1979, en COOPERACION INTERAMERICANA EN LOS PROCEDIMIENTOS CIVILES Y MERCANTILES, UNAM, México 1982, p. 683.

³⁶ CIDIP-III (1984) aprobó las siguientes convenciones: adopción de menores, personalidad y capacidad de personas jurídicas en el derecho internacional privado; competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras; protocolo adicional a la convención sobre recepción de pruebas en el extranjero. Véase, Operti Badan, *La Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-III)*, REVISTA URUGUAYA DE DERECHO PROCESAL, vol. 2, 1984, p. 143; Parra-Aranguren, *Recent Developments of Conflict of Laws Conventions in Latin America*, RECUEIL DES COURS, vol. 1979-III, p. 164; id., *Los trabajos preparatorios de la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre DIP*, REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO ANDRÉS BELLO, vol. 32, 1981-82, p. 32; Briceño Berrú, *Las convenciones interamericanas sobre derecho internacional privado de 1984*, REVISTA DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E PROCESSUALE, vol. 24, 1987, p. 429; M. SOLARI BARRANDEGUY, PACTOS PROCESALES DE LA PAZ, 1986; Vilella, *L'unification du d.i.p. en Amérique latine*, REV. CRIT. DIP, vol. 31, 1984, p. 73.

³⁷ CIDIP-IV (1989) adoptó convenciones sobre obligaciones alimentarias, restitución internacional de menores, y transporte internacional de mercaderías. Véase, Samtleben, *Neue interamerikanische Konventionen zum Internationalen Privatrecht*, RABELSZ, vol. 52, 1992, p. 1; R. SANTOS BELANDRO, CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE OBLIGACIONES ALIMENTARIAS. REGLAS DE CONFLICTO MATERIALMENTE ORIENTADAS HACIA LA PROTECCION DE LAS PERSONAS (1991); Tellechea Bergman, *Las Convenciones Interamericanas sobre restitución internacional de menores y obligaciones alimentarias de Montevideo de 1989*, REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MONTEVIDEO, vol. 31, 1990, p. 107; Parra-Aranguren, *The Fourth Inter-American Specialized Conference on Private International Law*, en MELANGES EN L'HONNEUR D' ALFRED VON OVERBECK, Lausana, 1990, p. 156 y NETHERLANDS INT'L L. REV., vol. 36, 1989, p. 267.

las disposiciones sobre la misma materia incorporadas al Código Bustamante y a los Tratados de Montevideo ³⁸.

LOS ESFUERZOS DE LA OEA COMO VEHICULO DE UNIFICACION HEMISFERICA Y DE ENTENDIMIENTO CON LOS PAISES DEL "COMMON LAW"

Como el sentimiento de solidaridad hemisférica, tan pregonado en el seno de la OEA se ha extendido a los Estados Unidos y Canadá, la mayoría de las convenciones interamericanas han tratado de compatibilizar dos culturas jurídicas que, aunque no difieren en sus objetivos, cuentan con un estilo y metodología diferente. Esta tarea ha sido llevada a cabo fundamentalmente por el CJI y la labor tesonera de la Federación Interamericana de Abogados, que por más de 50 años ha promovido el intercambio entre juristas norteamericanos y latinoamericanos. A pesar de esos esfuerzos, el entendimiento entre delegados y expertos de ambas culturas no siempre se refleja en el texto adoptado. Al menos las inquietudes manifestadas por los gobiernos a quienes representan los países anglosajones, o los comentarios de la doctrina norteamericana, o bien las adhesiones de los gobiernos de Estados Unidos y Canadá a los instrumentos elaborados por las CIDIPs no manifiestan mucho entusiasmo por la tarea unificadora.

Canadá, cuya incorporación a la OEA es muy reciente, no ha suscrito hasta la fecha ninguna de las convenciones interamericanas y los Estados Unidos se han tomado un promedio de veinte años para ratificar sólo dos instrumentos hasta la fecha (cartas rogatorias y exhortos y su protocolo adicional y arbitraje comercial internacional) ³⁹. Tampoco Brasil ha ratificado hasta el momento

³⁸ Véase, Convención de Viena sobre los Tratados, art. 59. Se ha destacado que esta superposición de normas de conflicto, que suele resultar en situaciones complejas, exige una meticulosa tarea de selección, clasificación y conjugación de normas incorporadas a los diversos tratados, tarea que tarde o temprano deberá ser asumida por el órgano competente de la OEA. Briceño Berrú, *Reflexiones sobre la codificación*, supra nota 5, p. 192; Santos Belandero, *Vigencia de los Tratados de Montevideo 1889 y 1940 a la luz de las CIDIP I, II y III* REVISTA JURIDICA ESTUDIANTIL, vol. 4, Montevideo, 1989, p. 67.

³⁹ Inter-American Convention on Letters Rogatory, FEDERAL REGISTER, vol. 53, N° 159, 27 de agosto de 1988, pp. 31132-31133; Inter-American Convention on International Commercial Arbitration UNITED STATES CODE, Título 9, Secciones 301-307.

ningún instrumento interamericano, y aunque las convenciones interamericanas auspician la accesión de países no-americanos, solamente España ha aprovechado esta oportunidad y sólo en dos ocasiones. En suma, las convenciones adoptadas en las CIDIPs no han tenido aceptación, en su mayoría, más allá del ámbito hispano-americano.

Significativamente, la ratificación por parte de los Estados Unidos de las convenciones sobre cartas rogatorias y arbitraje comercial internacional ha sido motivada fundamentalmente por su similitud con otras dos convenciones de carácter universal previamente ratificadas por Estados Unidos, esto es, la Convención de La Haya sobre cartas rogatorias y la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros⁴⁰. Si el objetivo fundamental que se persigue es la armonización y unificación entre sistemas heterogéneos entre sí pero vinculados por importantes lazos comerciales, va de suyo que aun cuando la unificación de criterios entre los países de América Latina es importante en sí mismo, el desafío mayor es el de lograr, 'por un lado, un entendimiento jurídico entre los países latinoamericanos, económicamente en vías de desarrollo y tradición continental romanista, y, por el otro, un entendimiento no menos sólido con un país de raigambre jurídica anglosajona y avanzadamente industrializado como los Estados Unidos. Como los Estados Unidos suelen acceder a regañadientes a las convenciones interamericanas, vale la pena referirse a la tarea unificadora universal del derecho privado que llevan a cabo otras instituciones internacionales, para luego contrastar estas labores con la tarea en alguna medida paralela que los países latinoamericanos realizan a nivel regional.

PARTICIPACION DE AMERICA LATINA EN LOS ESFUERZOS DE UNIFICACION REALIZADOS EN FOROS INTERNACIONALES

Los instrumentos interamericanos elaborados en el seno de las cuatro CIDIPs se han orientado fundamentalmente a los conflictos de leyes y a facilitar la

⁴⁰ V.R. Kearney, *Developments in Private International Law*, AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, 1987, VOL. 81, pp. 724, 737.

resolución de conflictos mediante el arbitraje y la cooperación judicial, sin incursionar mayormente en el derecho sustantivo. Los esfuerzos de unificación del derecho mercantil sustantivo, en lo que se refiere a negocios jurídicos de carácter internacional, se vienen llevando a cabo desde hace unos años por otros organismos. Así, la comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL o CNUDMI) cuenta con una representación permanente de seis países de América Latina⁴¹. La República de México, representada por el profesor Jorge Barrera Graf, fue uno de los países que participó en forma más activa en el grupo de trabajo encargado de elaborar la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, que para mediados de 1992 ya ha obtenido la ratificación de cuatro países de América Latina⁴².

Paralelamente a las tareas que desarrolla UNCITRAL, el Instituto para la Unificación del derecho Privado con sede en Roma, UNIDROIT, contaba en 1990 con la adhesión de diez países latinoamericanos⁴³. Recientemente, UNIDROIT ha orientado sus esfuerzos de unificación algunas áreas específicas de alto significado patrimonial e internacional, como el factoraje ("factoring") y el arrendamiento financiero ("leasing") internacional adoptadas en Ottawa el 28 de mayo de 1988⁴⁴. Cabe destacar que diversos representantes de los Estados miembros de la OEA estuvieron representados en la conferencia diplomática donde se adoptaron estas

⁴¹ A partir de 1973, el grupo de países que componen UNCITRAL asciende a 36 (9 de África, 9 de Europa Occidental y otros países incluyendo a los Estados Unidos, 6 de América Latina y 5 de Europa del Este). Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 2205, 21 U.N. GAOR Supp. N° 16), p. 99. V. A. Farnsworth, *Developing International Trade Law*, CALIFORNIA WESTERN INTERNATIONAL LAW JOURNAL, 1979, vol. 9, pp. 461, 465; A. Farnsworth, *UNCITRAL, Why, What? How? When?* THE AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, 1972, vol. 20, p. 314.

⁴² Estos países y la fecha de entrada en vigor de la Convención de Viena de 1980 son los siguientes: Argentina (1° de enero de 1988); Chile (1° de marzo de 1991); Ecuador (1° de febrero de 1993); y México (1° de enero de 1989)- V. UNCITRAL, *Status of Conventions*, A/CN. 9/368, 28 de abril de 1992, pp. 4-5.

⁴³ Al 1° de enero de 1990, UNIDROIT contaba con la adhesión de 53 países, entre los cuales se incluye Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Cuba, México, Nicaragua, Paraguay, Uruguay y Venezuela. Véase *The Activity of the International Institute for the Unification of Private Law*, UNIFORM LAW REVIEW, vol. 1990-I, p. 9.

⁴⁴ *Final Act of the Diplomatic Conference for the Adoption of the Draft Unidroit Convention on International Factoring and International Financial Leasing*, Ottawa, 28 de Mayo, 1988, Unidroit Study LIX, Doc. 48, pp. 8-79 (1987); INTERNATIONAL LEGAL MATERIALS, vol. 27, 1988, p. 922 REVUE DE DROIT DES AFFAIRES INTERNATIONALES, vol. 8, 1988, p. 1082. Véase también el proyecto de UNIDROIT sobre garantías reales en equipos susceptibles de desplazamiento transnacional, Unidroit Study, LXXII, Doc. 3, April 1991; Cuming: *International Regulation of Aspects of Security Interests in Mobile Equipment*, UNIFORM LAW REVIEW, vol. 1990-I, p. 63.

convenciones preparadas bajo el auspicio de UNDIROIT⁴⁵. En la actualidad, la labor de este Organismo se concentra en la finalización de un proyecto de "Principios Aplicables a los Contratos Comerciales Internacionales", que apunta a codificar esta emergente *lex mercatoria* que podría complementar, por voluntad de las partes contratantes, convenciones internacionales como la de compraventa internacional de mercaderías⁴⁶. Es evidente que la participación activa de los países de América Latina en estos foros internacionales contribuirá a incorporar a los países de la región al comercio internacional. Hay un tercer organismo internacional encargado de la unificación del derecho privado cuya labor ha sido seguida muy de cerca por la CJI: de la OEA. Me refiero a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

La Conferencia de Derecho Internacional Privado fue establecida en La Haya en 1893, aunque su estructura como organismo inter-gubernamental se remonta a 1955⁴⁷. Los primeros trabajos de La Haya se iniciaron con una gran incertidumbre respecto al método de codificación a seguir, de allí que no debería sorprender a los juristas europeos que los proyectos de la OEA en lo que se refiere a la unificación del derecho privado todavía cuenten con cierto grado de indefinición. El escaso resultado práctico de las primeras conferencias concluyó con el abandono de proyectos de codificación de conjunto similares a aquellos emprendidos en América Latina durante fines del siglo pasado y comienzos del presente. El programa actual de la Conferencia de La Haya contempla funda-

⁴⁵ Los siguientes Estados miembros de la OEA enviaron representantes a la conferencia de Ottawa el 28 de mayo de 1988, en la cual se adoptaron las convenciones sobre factoraje y arrendamiento financiero internacional: Antigua y Bermudas, Colombia, Chile, El Salvador, Estados Unidos, Méjico, República Dominicana y Venezuela. Además los representantes de Perú y Uruguay asistieron en calidad de observadores. La ratificación de estas convenciones fue recomendada a los Estados Miembros de la OEA por la CIDIP-IV. V. CIDIP-IV/Res. 1 (89); BOGGIANO, CONTRATOS INTERNACIONALES, Depalma, Buenos Aires, 1990, pp. 165-166.

⁴⁶ Fontaine, *Les principes pour les contrats commerciaux internationaux élaborés par UNDIROIT*, REVUE INTERNATIONALE DE DROIT INTERNATIONAL ET COMPARE, 1991, vol. 68-1, p. 25; Bonell, A "Restatement" of Principles for International Commercial Contracts: An Academic Exercise or a Practical Need? ESTUDIOS EN HOMAJE A JORGE BARRERA GRAF, vol. 1, Universidad Autónoma de México, México, 1989, p. 227; id., en REVUE DE DROIT ET AFFAIRES INTERNATIONALES, vol. 7, 1988, p. 873.

⁴⁷ Statue of the Hague Conference on Private International Law, October 9-31, 1951, 15 UST 2492, TIAS. 5743. Véase en general, VINAS FARRE, UNIFICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Barcelona, 1978 *Métodos de unificación del Derecho en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, JURIDICA. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, 1982, pp. 280-294; Van Hoogstraten, *La codification par traités en Droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye*, RECUEIL DES COURS, vol. 122, 1977-III, pp. 340-422.

mentalmente, al igual que el programa de las CIDIPs, la codificación parcial y gradual del derecho internacional privado y el establecimiento de mecanismos de cooperación judicial internacional ⁴⁸.

No se ha podido determinar con certeza que los esfuerzos pioneros de los países latinoamericanos hayan ejercido una influencia significativa en la labor emprendida por la Conferencia de La Haya ⁴⁹. Tampoco parece haber existido una tarea de coordinación entre los esfuerzos realizados por la Conferencia de La Haya y la Unión Panamericana, a punto tal de afirmarse que ambas instituciones, a pesar de estar embarcadas en una tarea común, se ignoraron mutuamente ⁵⁰. Así ningún Estado americano participó en las conferencias de La Haya ni antes ni después de la I. Guerra Mundial. Recién en 1964 los Estados Unidos, que se había mantenido distante de todo proceso de unificación tanto en el seno de la Unión Panamericana como de la Conferencia de La Haya, cambió su actitud y decidió asociarse a la Conferencia de La Haya ⁵¹.

⁴⁸ Véase G. Droz & A. Dyer, *The Hague Conference on Private International Law for the Eighties*, NORTHWESTERN J. INT. L.L. & BUS., vol. 3, 1981, p. 155; Pfund, *International Unification of Private Law: A Report on the United States Participation, 1985-86*, INTERNATIONAL LAWYER, vol. 20, 1986, p. 623.

⁴⁹ Las actas de la Primera Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya revelan que los juristas europeos tuvieron en cuenta los trabajos del Congreso de Montevideo de 1888-1889, *Actes de la Conférence de La Haye de Droit International Privé I, Première Partie*, p. 6 ("En 1889 un congrès convoqué à Montevideo... réussit à formuler dans une série de traités destinés à être conclus entre les principaux Etats de l'Amérique du Sud, des règles uniformes pour la solution des conflits en matière de Droit Civil, de Droit Commercial, de propriété littéraire et artistique, de Droit pénal, de procédure civil..."). Sin embargo, se ha destacado la diferencia de metodología de codificación adoptado por los Tratados de Montevideo y Código Bustamante, por un lado, y la Conferencia de La Haya, por el otro. Así, Boris Nolde expresa: "En Montevideo, en 1888-89 como en La Habana en 1928, apoyándose en los trabajos preparatorios de comisiones muy reducidas, inclusive de un solo autor de proyecto, se ha sabido evitar discusiones de detalle en el seno de las discusiones plenarias. Contrariamente, en La Haya, se ha creído conveniente examinar con el concurso de todos hasta los más mínimos aspectos de la codificación... Los grandes principios de derecho internacional privado se encontraron de esta manera, con frecuencia relegados a un segundo plano, y el trabajo colectivo fue estéril o por lo menos los resultados fueron muy fragmentarios. "Le Nolde, *La codification du Droit International Privé*, supra nota, pp. 397-98; Briceño Berrú, *Reflexiones sobre la codificación*, supra nota 5, pp. 169-170.

⁵⁰ Briceño Berrú, *Reflexiones sobre la codificación*, supra nota 5, p. 170.

⁵¹ Véase Pfund, *United States Participation on International Unification of Private Law*, INTERNATIONAL LAWYER, vol. 19, p. 505 (1985); Id., *International Unification of Private Law 1985-1986*, INTERNATIONAL LAWYER, vol. 20, 1986, pp. 623, 629; Id., Id., *International Unification of Private Law: A Report on U.S. Participation- 1987-1988*, INTERNATIONAL LAWYER, 1988, P. 1157; Kearney, *Developments in Private International Law*, AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, vol 81, 1987, pp. 724, 737.

Aunque la Conferencia de La Haya se perfiló originalmente como una institución típicamente europea, con posterioridad a la IIa Guerra Mundial comenzó a ampliar su composición, que hoy en día rebasa ampliamente los confines del continente europeo. Cinco países de América Latina se han adherido a la Conferencia de La Haya (Argentina, Chile, México, Uruguay y Venezuela)⁵², y uno de ellos, la República Argentina, ha ratificado tres convenciones multilaterales elaboradas por la Conferencia de La Haya⁵³. Dada la vocación ecuménica de la Conferencia de La Haya durante estos últimos años, es posible que otros países de América Latina se vayan incorporando paulatinamente a este organismo. Esta posibilidad requeriría una participación más activa por parte de los países latinoamericanos en la elaboración de los textos aprobados en La Haya, tema sobre el cual me extenderé más adelante.

Fuera de los aspectos políticos o diplomáticos, la participación activa de los países de América Latina en la Conferencia de La Haya se encuentra facilitada por el objetivo común que persiguen los países europeos y latinoamericanos de limar asperezas entre las diversas legislaciones internas y, además, en compatibilizar las perspectivas de las culturas jurídicas anglosajona y romano-germánica. Este esfuerzo común se refleja, por ejemplo, en materia de cooperación judicial internacional. Un análisis de algunas diferencias entre los textos adoptados por la CIDIP y por la Conferencia de La Haya en materia de cartas rogatorias o exhortos para la notificación en el extranjero de actos judiciales y extrajudiciales⁵⁴ y en materia de obtención y recepción de pruebas en el extranjero⁵⁵, sugiere que los mecanismos establecidos en ambos documentos pudieron haber sido objeto de un solo tratado que agrupara al continente europeo y americano.

⁵² **Information Concerning the Hague Conventions on Private International Law. Situation as of August 1, 1991**, NETHERLANDS INTERNATIONAL LAW REVIEW, vol. 38, 1991, p. 215.

⁵³ La Argentina ha ratificado la Convención de La Haya suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros (Ley N° 23458, 21 abril 1987); sobre procedimiento civil (Ley N° 23502, 15 de octubre de 1987), y sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial (Ley N° 23480, 23 abril 1987).

⁵⁴ Convención de La Haya del 15 de Noviembre de 1965, relativo a la notificación en el extranjero de actos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, 20 UST, 361, TIAS N° 6638, 658 UNTS 163; Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, 30 de Enero 1975, OEA/Ser.A/21.

⁵⁵ Convención de La Haya del 18 de marzo de 1970 sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial, 23 UST, 2555, TIAS N° 7444, 847 UNTS 231; Convención Interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero, 30 de enero de 1975, OEA/Ser.A/22.

OBJETIVO COMUN PERSEGUIDO POR LAS CONVENCIONES INTERAMERICANAS Y DE LA HAYA EN MATERIA DE COOPERACION JUDICIAL INTERNACIONAL

Todo abogado con alguna experiencia en litigios internacionales tiene dificultades en anticipar las ramificaciones procesales de juicios en los cuales las partes, sus patrimonios o las pruebas se encuentran localizadas en países diferentes. Las nociones tradicionales de cortesía o reciprocidad internacional no han contribuido significativamente a disipar esta incertidumbre. De allí que los esfuerzos de unificación del derecho internacional privado hayan incluido en su programa la elaboración de reglas de cooperación judicial. En materia de exhortos o cartas rogatorias para efectuar notificaciones en el extranjero, la Conferencia de La Haya y la CIDIP-I adoptaron convenciones que ya han obtenido un buen número de adhesiones. La Convención de La Haya entró en vigor el 10 de febrero de 1969 y veinte años después ya había sido ratificada por 26 países ⁵⁶, mientras que la Convención Interamericana entró en vigor el 16 de enero de 1976 y a la fecha ha sido ratificada por 14 países americanos ⁵⁷. Uno de los aspectos más innovadores previsto en las convenciones interamericanas y de La Haya es la posibilidad de transmitir y distribuir los exhortos en el país requerido por intermedio de una autoridad central a ser designada por cada Estado parte ⁵⁸. La posibilidad de transmitir exhortos a través de un organismo gubernamental adquiere una importancia especial en los países de América Latina, puesto que este medio elimina los numerosos requisitos formales de legalización y autenticación que suelen entorpecer y dilatar este tipo de trámites ⁵⁹.

La Convención de La Haya prevé que sólo el Estado requirente designe una autoridad central, mientras que su homóloga interamericana indica, sin exigirlo expresamente, que tanto el Estado requirente como el requerido deberán designar un organismo a través del cual se han de tramitar los exhortos ⁶⁰. Sin

⁵⁶ MARTINDALE HUBBELL LAW DIRECTORY, vol. 8, parte 7, p. 2 (1989).

⁵⁷ Estos países son: Argentina, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

⁵⁸ Convención de La Haya sobre notificaciones en el extranjero, Art. 2; Convención Interamericana sobre Exhortos, Art. 4.

⁵⁹ Convención Interamericana sobre Exhortos, Art. 6.

⁶⁰ Convención de La Haya sobre notificaciones en el extranjero, art. 2; Convención Interamericana sobre Exhortos, art. 4.

embargo, esto no implica una diferencia significativa en el mecanismo de tramitación cuando se desee canalizarla por intermedio de una autoridad central. Si un Estado parte de la Convención Interamericana desea utilizar este mecanismo, el Estado requerido deberá prestar su cooperación porque el segundo párrafo del Art. 6 de la Convención Interamericana exige que se informe a la Secretaría General de la OEA, cuál es la autoridad central competente. Además, el Art. 2 del Protocolo Adicional a dicha convención claramente exige a los Estados miembros que designen a una autoridad central. La misma estructura administrativa que opera en el campo de la Convención de La Haya puede ser utilizada bajo la Convención Interamericana. Así, si el documento a ser notificado se origina en los Estados Unidos, donde el Departamento de Justicia ha sido designado como autoridad central para recibir exhortos provenientes del extranjero, bajo la Convención de La Haya el juez exhortante de los Estados Unidos enviará directamente la comunicación a la autoridad central del Estado requerido para que ésta lo retransmita al juez competente. Bajo el mecanismo de la Convención Interamericana, el mismo juez exhortante enviará el documento al Departamento de Justicia para que éste a su vez lo retransmita a la autoridad central del Estado requerido y éste lo comunique a la autoridad judicial competente⁶¹. En ambos casos el trámite de notificación tiende a ser más expeditivo que dejar a las partes libradas a la transmisión diplomática y a la buena voluntad, ofrecimiento de reciprocidad o cortesía, del tribunal exhortado.

⁶¹ Lo expresado en el texto supone que los tribunales de los Estados contratantes obligarán a las partes litigantes a utilizar los métodos convenidos en el tratado internacional, con exclusión de aquellos que las partes podrían utilizar en causas domésticas. Sin embargo, así no lo ha entendido la Suprema Corte de los Estados Unidos y no es fácil predecir la postura que adoptarán los tribunales inferiores en los Estados Unidos. En un caso donde estaba en juego la aplicabilidad de la Convención de La Haya, sobre obtención de pruebas en el extranjero, el alto tribunal decidió por mayoría de 5 contra 4 que los métodos autorizados por el tratado no son los únicos disponibles, sino que las partes siempre podrían recurrir a aquellos permitidos por la ley procesal local, a menos que el tratado excluya expresamente esta posibilidad. *Société Nationale Industrielle Aerospatiale v. United States District Court*, 482 U.S. 522, 107 S. Ct. 2542, 96 L.Ed. 2d 461 (1987). El mismo criterio ha sido recientemente adoptado por un tribunal federal de distrito con respecto a la no-exclusividad de los métodos de notificación de documentos en el extranjero previsto por la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias. *Pizzablocche v. Vinelli*, 772 F. Supp. 1245 (1991). Para una interpretación similar respecto a un tratado de extradición, puede consultarse *United States v. Humberto Alvarez-Machain*, 15 de junio de 1992, 1992 WL 127081 (US) (convalidando la posibilidad de secuestro instigado y apoyado por el gobierno de los Estados, de un ciudadano mexicano en su propio país. El voto de la mayoría llegó a esta conclusión sobre la base de que el tratado de extradición entre México y los Estados Unidos no excluye expresamente el secuestro como medio alternativo a la extradición).

Otras diferencias de redacción entre ambas convenciones no reflejan necesariamente una postura o resultado diferente. Por ejemplo, mientras que bajo el Artículo 17 de la Convención Interamericana el Estado requerido podrá rechazar el cumplimiento de un exhorto "cuando sea manifiestamente contrario a su orden público", el Artículo 13 de la Convención de La Haya limita la posibilidad del rechazo al caso en que la notificación solicitada atente "contra la soberanía o seguridad" del Estado requerido. Aunque esta última excepción pareciera ser más restrictiva que la incorporada en la Convención Interamericana, la vaguedad de los términos empleados en ambas convenciones persiguen los mismos objetivos. Al fin y al cabo el límite trazado por el orden público dependerá de la cultura y tradición jurídica de los tribunales que deban interpretar la noción de orden público, más que de la diferencia terminológica entre ambos instrumentos.

Comentaristas estadounidenses han señalado que el lenguaje empleado en la Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias es pobre y ambiguo, que su versión inglesa deja mucho que desear y que, en líneas generales, el texto elaborado por la Conferencia de La Haya es superior⁶². Los Estados Unidos no suscribieron el texto de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, pero al no tener éxito en su pedido de que los demás Estados americanos suscribieran el texto elaborado por la Conferencia de La Haya, subordinaron su adhesión al texto interamericano a la aprobación de un protocolo adicional en cuya elaboración y adopción la delegación norteamericana tuvo una activa participación⁶³. Un desentendimiento similar ocurrió con la Convención Interamericana sobre obtención y recepción de pruebas en el extranjero aprobada por la CIDIP-I en 1975⁶⁴. Este instrumento hubo de ser complementado, y hasta cierto punto modificado, a instancias de la delegación

⁶² Véase, Carl, *Service of Judicial Documents in Latin America*, DENVER LAW JOURNAL, vol. 53, 1976, p. 455; Low, *International Judicial Assistance Among the American States - The Inter - American Conventions*, THE INTERNATIONAL LAWYER, vol. 18, 1984, pp. 705, 710.

⁶³ Este protocolo adicional fue aprobado cuatro años después en el seno de CIDIP-II, donde se especifica la documentación que debe acompañarse al exhorto y el tenor del mismo se ejemplifica en formularios anexos al protocolo. Véase, Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, 8 de mayo de 1979, OEA/Ser. A/33. Trooboff, *Current Developments: The Second Inter-American Specialized Conference on Private International Law*, AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, vol. 73, 1979, p. 704.

⁶⁴ Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, 30 de enero de 1975, OEA/Ser. A/22 ("Convención sobre recepción de pruebas").

de los Estados Unidos⁶⁵, por un protocolo adicional adoptado por la CIDIP-III en 1984⁶⁶. La Convención de La Haya sobre obtención de pruebas en el extranjero entró en vigencia el 7 de octubre de 1972 y ya ha sido ratificada por 20 países entre los que se cuenta los Estados Unidos⁶⁷, mientras que la Convención Interamericana sobre recepción de pruebas, que entró en vigor el 16 de enero de 1976, cuenta con la ratificación de 13 países de América Latina⁶⁸, pero no ha sido ratificada hasta la fecha por Estados Unidos.

El objetivo fundamental de los instrumentos preparados por la Conferencia de La Haya y la CIDIP fue el de construir un puente entre las prácticas probatorias de los países del "common law" y aquellas prevalecientes en países de raigambre continental romanista. El ámbito material de aplicación de ambas convenciones se limita en principio a la obtención de pruebas en materia "civil y comercial"⁶⁹, aunque en ninguna parte se precisa el significado de estos términos⁷⁰. Los exhortos solicitando el diligenciamiento de medias de prueba en el extranjero sólo pueden ser emitidos por autoridades judiciales, y, al igual que

⁶⁵ La adopción de los protocolos adicionales a las convenciones interamericanas sobre exhortos o cartas rogatorias y sobre recepción de pruebas intentaron en algunos casos flexibilizar los requisitos impuestos en las convenciones y en otras instancias simplemente explicitar lo que no surgía claro en el texto de las convenciones, todo ello con la finalidad principal de acomodarse a las objeciones de la delegación de los Estados Unidos. En principio, todo conflicto entre el texto de la convención y el del protocolo anexo debería ser interpretado sin violencia al texto de la convención, ya que, como lo expresa el Artículo 17 del Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, las disposiciones del protocolo "se interpretarán de manera que complementen las de la Convención". V. *infra*, nota 76.

⁶⁶ Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, 11 de marzo de 1983, OEA/Ser.A/40.

⁶⁷ The Hague Evidence Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters (Convención de La Haya sobre obtención de prueba en el extranjero en materia civil y comercial, o "Convención de La Haya sobre obtención de pruebas"), 18 de marzo de 1970, 23 UST 2555, TIAS N° 7444, 847 UTS 231, codificado en UNITED STATES CODE ANNOTATED, vol. 28, Sección 1781 y ss., West Publishing Company, 1990.

⁶⁸ Los trece países son: Argentina, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Otros cuatro países suscribieron esta convención interamericana pero no la han ratificado hasta la fecha (Bolivia, Brasil, Colombia y la República Dominicana).

⁶⁹ Convención de La Haya sobre obtención de pruebas, Art. 1; Convención Interamericana sobre obtención de pruebas, Art. 2. El artículo 15 de la Convención Interamericana sobre recepción de pruebas permite extender la aplicabilidad de la convención a la tramitación de exhortos que se refieran a la recepción de pruebas "en materia criminal, laboral, contencioso-administrativa, juicios arbitrales u otras materias objeto de jurisdicción especial". Dos países de América Latina, Chile y Colombia, ratificaron esta convención extendiendo expresamente su aplicación a la obtención de pruebas con relación a las materias incluidas en el Art. 15.

⁷⁰ V., K. Schwappach, *The Inter-American Convention on Taking Evidence Abroad: A Functional Comparison With the Hague Convention*, NEW YORK INTERNATIONAL LAW REVIEW, 1991, vol. 4, pp.70-76.

las convenciones sobre exhortos o cartas rogatorias, las requisitorias pueden canalizarse a través de una autoridad central en el Estado requirente y requerido⁷¹.

Ambas convenciones establecen el principio de que la recepción de prueba se regirá por la ley procesal del Estado requerido⁷², pero posibilitan el empleo de procedimientos especiales a solicitud del Estado requirente, siempre y cuando no sean incompatibles con la legislación del Estado requerido⁷³. Ambas convenciones recurren a términos ambiguos para bloquear un pedido especial del Estado requirente. Sin embargo, los diferentes términos limitativos empleados en los dos instrumentos no parecieran ser significativos. Bajo la Convención de La Haya, el Estado requerido está obligado a diligenciar la prueba conforme al procedimiento solicitado, a menos que ello no sea posible por no ajustarse a la práctica judicial interna del Estado requerido o por otras dificultades de orden práctico⁷⁴. En cambio, bajo la Convención Interamericana el Estado requerido no tiene obligación de seguir las instrucciones del Estado requirente, pero puede hacerlo a menos que la diligencia solicitada sea "de imposible cumplimiento"⁷⁵. Las diferencias entre ambos textos se desvanecen cuando se repara que el protocolo adicional a la Convención Interamericana limita significativamente la discrecionalidad del Estado requerido para negarse a diligenciar el exhorto siguiendo el procedimiento solicitado por el Estado requirente⁷⁶.

⁷¹ Convención de La Haya sobre obtención de pruebas, Art. 2; Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre recepción de pruebas, Art. 1.

⁷² Convención de La Haya sobre obtención de pruebas, Art. 9, primer párrafo ("La autoridad judicial que ejecute un exhorto aplicará la legislación de su país en lo que se refiere a los procedimientos a seguir al efecto..."); Convención Interamericana sobre recepción de pruebas, Art. 5 ("Los exhortos o cartas rogatorias relativas a la recepción u obtención de pruebas se cumplirán de acuerdo con las leyes y normas procesales del Estado requerido").

⁷³ Convención de La Haya sobre obtención de pruebas, Art. 9; Convención Interamericana sobre recepción de pruebas, Art. 6.

⁷⁴ Convención de La Haya sobre obtención de pruebas, Art. 9, segundo párrafo ("...Sin embargo, ante solicitud de la autoridad requirente de que se proceda de acuerdo a algún procedimiento especial deberá hacerlo a menos que ésta sea incompatible con la legislación del Estado requerido o que su aplicación no sea posible, por no ajustarse a la práctica judicial interna del Estado requerido o por otras dificultades de orden práctico).

⁷⁵ Convención Interamericana sobre recepción de pruebas, Art. 6 ("A solicitud del órgano jurisdiccional del Estado requirente podrá aceptarse la observancia de formalidades adicionales o de procedimientos especiales adicionales en la práctica de alguna diligencia solicitada a menos que sean incompatibles con la legislación del Estado requerido o de imposible cumplimiento por éste").

⁷⁶ El Artículo 15 del Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre recepción de pruebas expresa que el Estado requerido "atenderá favorablemente la solicitud de observar procedimientos especiales, de

Pasando a analizar específicamente el grado de acomodamiento de cada instrumento a las prácticas del "Common Law", la Convención de La Haya incluye un capítulo especial destinado a facilitar la obtención de pruebas en el extranjero por funcionarios diplomáticos o consulares y delegados (commissioners)⁷⁷. Sin embargo, un buen número de Estados adheridos a la Convención de La Haya sobre obtención de pruebas formularon reservas excluyendo la obtención de prueba por dichos funcionarios o bien restringiendo su aplicación⁷⁸. De la misma forma, el protocolo adicional a la Convención Interamericana admite la obtención de pruebas por funcionarios no-judiciales, pero también reservando a los países latinoamericanos la facultad de expresar sus reservas⁷⁹.

Ambas convenciones permiten al Estado requerido rehusarse a cumplir requisitorias que tengan por objeto la obtención de prueba informativa anticipada, procedimiento conocido en los Estados Unidos como "pre-trial discovery of documents"⁸⁰. Sin embargo, el rechazo a esta peculiaridad procesal anglosajona

acuerdo con el Art. 6 de la Convención, a menos que sean de imposible cumplimiento por tal Estado o sean incompatibles con los principios fundamentales de la legislación o las normas de aplicación exclusivas del mismo". No resulta del todo claro en qué medida esta disposición puede alterar la facultad discrecional que el Artículo 6 de la Convención Interamericana le otorga el juez del Estado requerido, ya que el Artículo 17 del Protocolo Adicional expresa que sus disposiciones "se interpretarán de manera que complementen las de la Convención": Este problema, que ya fuera destacado *supra* en la nota, no se presenta en forma tan clara con respecto a las eventuales discrepancias que puedan existir entre la Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias y su protocolo adicional, que no cuenta con una disposición similar al art. 17 del protocolo anexo a la Convención sobre recepción de pruebas.

⁷⁷ Convención de La Haya sobre obtención de pruebas, Capítulo II, Arts. 15-21.

⁷⁸ Véase UNITED STATES CODE ANNOTATED, Título 28, Sección 1781 (West Supplement, 1983).

⁷⁹ Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, Arts. 9-13. El artículo 14 de la Convención Interamericana en la materia permite la continuación del uso de estos mecanismos u otros más favorables que estuvieran vigentes al adoptarse la convención. V., Convención Interamericana sobre obtención de pruebas, Art. 14 ("Esta Convención no restringirá las disposiciones de convenciones que en materia de exhortos o cartas rogatorias sobre la recepción u obtención de pruebas hubieran sido suscritas o que se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes, o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieran observar en la materia. Tampoco restringe la aplicación de las disposiciones en materia de intervención consular para la recepción u obtención de pruebas que estuvieren vigentes en otras convenciones, o la prácticas admitidas en la materia"). De los once Estados que suscribieron este protocolo adicional, dos de ellos, Brasil y Chile, formularon reservas en el sentido de excluir la utilización de estos métodos alternativos.

⁸⁰ Sobre el tema, puede consultarse D. Van Brunen, *A European View of the Discovery Procedure Before the Federal Civil Courts of U.S.A.* REVUE DE DROIT DES AFFAIRES INTERNATIONALES, 1987, vol. 2, pp. 131-189; L. Lovelace, *Reconsidering International Discovery: Options for an Institutionalized Framework* INTERNATIONAL PRACTITIONER'S NOTEBOOK, Marzo de 1992, pp. 15-20.

es expresado a través de diferentes mecanismos en ambos instrumentos. Mientras que el Art. 23 de la Convención de La Haya autoriza a todo Estado contratante a declarar en el momento de la firma, ratificación o adhesión que no cumplirá con dichos exhortos, el Art. 9 de la Convención Interamericana faculta al juez del Estado requerido a rehusarse a cumplir con dicha requisitoria. En el ámbito interamericano, empero, el Artículo 16 del protocolo adicional abre una ventana al **pre-trial discovery**. De esta forma, se intenta balancear el interés de los Estados Unidos en que sus abogados puedan obtener prueba anticipada y el resto de los países americanos en evitar "excursiones pesqueras" extrañas a sus prácticas procesales⁸¹. Esta es otra instancia más en la cual los países de Europa y América, persiguiendo un objetivo común, han recurrido a mecanismos jurídicos similares que les permita un entendimiento con países de diferente tradición jurídica como Gran Bretaña y los Estados Unidos.

El análisis precedente de las diferencias de matices entre los textos elaborados por la Conferencia de La Haya y las CIDIPs sugiere que una conjugación de las fuerzas que luchan por una mayor cooperación judicial internacional en América Latina y Europa hubiera permitido una armonización de posturas bajo una convención multilateral de alcance universal. Este panorama de soluciones armónicas que se presenta en el campo del derecho procesal internacional no es muy diferente del que se observa en el área de los conflictos de leyes. Un examen de las tareas organizativas de la CIDIP-V, cuya realización tendrá lugar en la ciudad de México en fecha a establecerse durante 1994, también sugiere que en el campo de la ley aplicable a la contratación internacional es posible intentar

⁸¹ Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción y Pruebas en el Extranjero, Art. 16 ("Los Estados partes de este Protocolo diligenciarán exhortos o cartas rogatorias, en los que se solicite la exhibición y transcripción de documentos, cuando se reúnan los siguientes requisitos: (a) que se haya iniciado el proceso; (b) que los documentos estén identificados razonablemente en cuanto a su fecha, contenido u otra información pertinente; y (c) que se especifiquen aquellos hechos o circunstancias que permitan razonablemente creer a la parte solicitante que los documentos pedidos son del conocimiento de la persona de quien se requieran o que se encuentran en posesión o bajo el control o custodia de ella. La persona a quien se pide documentos puede, cuando corresponda, negar que tiene la posesión, control o custodia de los documentos solicitados o puede oponerse a la exhibición y transcripción de los documentos, de acuerdo con las reglas de la Convención. Cualquier Estado podrá declarar, en el momento de firmar o ratificar este Protocolo o adherirse a él, que únicamente diligenciará los exhortos o cartas rogatorias a que se refiere este artículo si en ellos se identifica la relación entre la prueba o la información solicitadas y el proceso pendiente").

un acomodamiento de la perspectiva europea y latinoamericana que sirva de puente para una armonización universal.

ARMONIZACION EN MATERIA DE CONTRATACION INTERNACIONAL: EL PROYECTO DE TEMARIO PARA LA CIDIP-V.

El amplio tema de la "contratación internacional" había sido incluido en la agenda de la CIDIP-IV que se realizó en 1989. Debido a la falta de tiempo, esta conferencia se limitó a aprobar un documento que estableció una serie de criterios básicos relativos a la ley aplicable en materia de contratos internacionales⁸². Al mismo tiempo, la CIDIP-IV recomendó la celebración de una reunión de expertos para formular un proyecto de convención sobre el tema de la contratación internacional⁸³. Dentro de este tema tan vasto, la mayoría de los delegados se inclinaron por concentrar su atención en los problemas de determinación de la

⁸² Bases propuestas por la Conferencia para el estudio futuro del tema relativo a la ley aplicable en materia de contratación internacional "1. Los contratantes podrán acordar libremente la ley aplicable a la totalidad o parte del contrato cuya internacionalidad se manifieste a través de elementos objetivos localizados en Estados diversos. También podrán modificar en cualquier momento la ley seleccionada, pero sin afectar derechos de terceros. 2. El acuerdo a que se refiere el párrafo anterior debe ser expreso o, excepcionalmente, desprenderse en forma inequívoca de la conducta de las partes considerada en su conjunto, y de las cláusulas contractuales. 3. En el caso de que la ley aplicable al contrato no haya sido elegida por los contratantes, o si su elección es ineficaz, el contrato se regirá por la ley del Estado con el cual tenga vínculos más estrechos. 4. Serán necesariamente aplicadas las disposiciones de la ley del foro cuando tengan carácter imperativo respecto del contrato a que se refiere la base primera y que deban ser aplicadas con independencia de la ley que rija el contrato. 5. Podrán ser tenidas en cuenta las disposiciones de cualquier Estado con el cual el contrato tenga vínculos, cuando de acuerdo con la legislación del Estado respectivo, tengan carácter imperativo y deban ser aplicadas con independencia de la ley que rija el contrato. 6. En materia de requisitos de forma, la sujeción del contrato a la ley de celebración [*lex loci celebrationis*] será suficiente a los efectos de su validez. 7. La ley de cada Estado regirá lo concerniente a la publicidad del contrato. 8. La ley que rija al documento no será aplicada cuando sea manifiestamente contraria al orden público. Véase DOCUMENTO DE ANTECEDENTES SOBRE EL TEMA "PROYECTO DE TEMARIO DE LA REUNION DE EXPERTOS EN MATERIA DE CONTRATACION INTERNACIONAL" (Documento preparado por la Secretaría General de la OEA), OEA/Ser.G/CP/cajp-91, 29 de octubre de 1991, pp 1-2 [en adelante citado como ANTECEDENTES SOBRE EL PROYECTO DE TEMARIO].

⁸³ En una de esas resoluciones, la CIDIP-IV recomendó a la Asamblea General de la O.E.A. que convoque a una reunión de expertos para formular un proyecto de convención sobre ley aplicable a la contratación internacional. La Asamblea General hizo suya esta recomendación, encomendando al Comité Jurídico Interamericano la preparación de los proyectos pertinentes para la CIDIP-V. Véase, AG/RES. 1024 (XIX-0/89), párrafo 8: "Encomendar al Comité Jurídico Interamericano la preparación para la CIDIP-V de informes, proyectos de convenciones y las respectivas exposiciones de motivos sobre los temas recomendados por la CIDIP-IV a que se hace referencia en el párrafo resolutivo anterior y considere las conclusiones y opiniones que sean sometidas por las reuniones de expertos convocada por la Organización." Véase también, ANTECEDENTES SOBRE EL PROYECTO DE TEMARIO, *supra* nota 83, pp. 2, 29.

ley aplicable⁸⁴. Cabe destacar, sin embargo, que de la documentación que he tenido la oportunidad de compulsar con respecto al sondeo de opiniones de los países de la OEA, la idea de concentrar los esfuerzos de unificación en un instrumento regional sobre ley aplicable a los contratos internacionales no parece ser unánime⁸⁵.

El representante del Uruguay ante la OEA propuso atinadamente a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos un amplio cuestionario a los efectos de sondear la postura de las diversas delegaciones sobre los temas más diversos que rodean al tema de la contratación internacional⁸⁶. Algunas de las preguntas apuntaban a precisar los criterios de cada país acerca de la celebración de contratos internacionales, el criterio de selección de la ley aplicable, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad, la normativa especial que rige los contratos internacionales en que el Estado es parte, e incluso las prácticas seguidas por los Estados respecto a los métodos de solución de controversias internacionales. Otra serie de preguntas fueron orientadas a auscultar la opinión de las diversas

⁸⁴ Al examinarse el tema de contratación internacional en el seno de la Comisión Segunda de la CIDIP-IV, se sometió a consideración, entre otras propuestas, un documento de trabajo preparado por el Dr. Antonio Boggiano, que incluía un análisis de cuestiones relacionadas con la jurisdicción internacional en la resolución de controversias originadas en la contratación internacional. OEA/Ser.K/XXI.4, CIDIP-IV/doc. 8/88. V., A. BOGGIANO, *CONTRATOS INTERNACIONALES*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1990 (incluyendo un estudio técnico sobre contratación internacional preparado por el autor a solicitud de la Secretaría General de la O.E.A.). Sin embargo, el consenso de las delegaciones se inclinó por la elaboración de unas "Bases" en materia de ley aplicable, que se limitarían a volcar principios recogidos en convenciones internacionales de reciente data, el segundo "Restatement" de los Estados Unidos en materia de conflicto de leyes y el Código de Comercio Uniforme de ese país. Véase, PROYECTO DE CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE LEY APLICABLE EN MATERIA DE CONTRATACIÓN INTERNACIONAL, OEA/Ser. Q/CJ/RES II-6/91, 31 de julio 1991, Exposición de Motivos, p. 41, e Informe presentado por el Dr. José Luis Siqueiros pp. 43-44.

⁸⁵ En materia de ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías, la opinión del Dr. Boggiano fue la de recomendar la adhesión o ratificación de la Convención de La Haya del 22 de diciembre de 1986, V. BOGGIANO, *CONTRATOS INTERNACIONALES*, *supra* nota 85, p. 155.

⁸⁶ Véase **Texto de las propuestas presentadas por la Misión Permanente del Uruguay en la sesión celebrada por la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos el 24 de enero de 1991** CP/CAJP-803/91, 1º de febrero de 1991; **Comentarios del Embajador Representante Permanente del Uruguay acerca de los temas relativos a la contratación internacional y remoción de los obstáculos jurídicos a la integración, formulados en la sesión de la comisión del 7 de febrero de 1991** CP/CAJP-807/91, 8 de febrero de 1991. A su vez, la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos acordó recomendar la adopción del cuestionario al Consejo Permanente de la OEA, quien hizo suyo dicho cuestionario e invitó a los gobiernos de los Estados Miembros a contestarlo. ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE TEXTO, *supra* nota 83, pp. 3-4.

delegaciones acerca del tipo de acuerdos internacionales que sería deseable concertar en materia de contratación internacional⁸⁷.

Sólo unos pocos países contestaron el cuestionario dentro del plazo asignado⁸⁸. Aún dentro de este número limitado de países es difícil identificar puntos de coincidencia acerca de qué aspecto de la contratación internacional debería ser materia de armonización y si dicho esfuerzo armonizador debería realizarse a nivel universal o interamericano. En lo que respecta al ámbito espacial de los esfuerzos de unificación, las delegaciones de Colombia y Honduras se manifestaron en favor de elaborar una Convención Interamericana sobre contratación internacional⁸⁹, mientras que Argentina y Canadá fueron de la opinión de que los Estados miembros de la OEA deberían acceder a los instrumentos de unificación de carácter universal adoptados por organismos internacionales⁹⁰.

⁸⁷ En apretada síntesis, las preguntas estaban destinadas a recoger información de las diversas delegaciones acerca de los siguientes puntos: (1) Normas internas reguladoras de los contratos internacionales comerciales y financieros y requisitos exigidos para la celebración de los contratos internacionales. (2) Si las partes en un contrato internacional pueden escoger la ley aplicable al mismo. (3) En caso de que las partes tengan la facultad de escoger la ley aplicable a un contrato internacional, si la misma se extiende a todo tipo de contratos internacionales o sólo a algunos en particular y, en este último caso, a qué tipo de contratos. (4) Los criterios predominantes para determinar la ley aplicable a un contrato internacional, la competencia internacional y para obtener el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros. (5) Si el ordenamiento jurídico local cuenta con disposiciones especiales aplicables a los contratos internacionales en los que participa el Estado y otras personas de derecho público. (6) Los instrumentos internacionales, bilaterales o multilaterales adoptados por el Estado en cuestión en materia de contratación internacional. (7) Si las soluciones aportadas por la Convención de Viena de 1980 en materia de compraventa internacional de mercaderías resultan adecuadas para regular este contrato en el ámbito interamericano. (8) En qué medida la materia de contratos internacionales debería ser objeto de nuevos acuerdos internacionales de alcance interamericano o subregional. (9) La posible intervención de los organismos técnicos de la OEA, en la formulación de nuevos acuerdos sobre la materia. (10) En caso de que se considere conveniente contar con nuevos acuerdos internacionales en materia de contratación internacional, qué tipo de convención sería deseable concertar. (11) Jurisdicción a la cual el Estado en cuestión suele someter la solución de controversias a que dan lugar los contratos internacionales y eventuales dificultades que presentan las convenciones internacionales en la materia. (13) Eficacia que se le asigna en el Estado en cuestión a la prórroga de jurisdicción internacional. Véase, ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE TEMARIO, *supra* nota 83, pp. 5-12.

⁸⁸ Colombia, Honduras, Brasil, Argentina, y Canadá habían presentado comentarios y observaciones al cuestionario al 29 de octubre de 1991, fecha en que la Secretaría General de la OEA preparó un documento sistematizando las respuestas obtenidas por los diversos países. ANTECEDENTES AL PROYECTO DE TEMARIO, *supra* nota 83, p. 4.

⁸⁹ Conforme a la sistematización de respuestas brindadas por la Secretaría General de la OEA, Colombia destacó que en razón de la diversidad de criterios jurídicos, prácticas y costumbres de los países miembros "sería útil y necesario elaborar una Convención Interamericana sobre contratación internacional". La delegación de Honduras también sostuvo la conveniencia que la materia de los contratos internacionales sea "objeto de un acuerdo internacional de alcance interamericano". ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE TEMARIO, *supra* nota 83, p. 20.

⁹⁰ El gobierno de Canadá señaló que "a los efectos de la armonización internacional de la legislación comercial debería procurarse adquirir primeramente el carácter de parte de las diversas convenciones internacionales y

Las respuestas también estuvieron lejos de ser unánimes en lo que respecta al tema específico sobre contratación internacional a ser abordado por una convención internacional o interamericana⁹¹. Colombia, por ejemplo, se manifestó en principio en favor de una convención a nivel interamericana sobre principios sustantivos aplicables a los contratos comerciales, como la proyectada por UNIDROIT, aunque también señaló la conveniencia de incluir el tema de conflicto de leyes. Brasil se inclinó por un tratado que se limite a resolver la cuestión de ley aplicable a los contratos internacionales, y Honduras propuso la elaboración de un texto que incluyera a la vez ormas de conflicto y de derecho sustantivo. El gobierno de Canadá insistió en su postura de que cualquier tipo de convención internacional en la materia debería ser llevada a cabo "bajo la égida de organismos internacionales de amplia constitución, como la ONU, UNCITRAL, la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado y UNIDROIT"⁹². A pesar de la falta de consenso que surge de las respuestas recibidas, pero

adoptar los modelos legislativos adoptados por la ONU, UNCITRAL, la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado y UNIDROIT, antes de considerarse la posibilidad de celebrar acuerdos meramente regionales. Por su parte, la delegación argentina estimó conveniente que "los Estados Miembros accedan a los instrumentos internacionales de carácter universal, ya que resultan propicios para la unificación regional y mundial. ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE TEMARIO, *supra* nota 83, pp. 20-21.

⁹¹ En este sentido, el cuestionario propuso una serie de alternativas a los Estados para que cada uno de ellos escogiera el tipo de convención en materia de contratación internacional que le resultara más adecuada. Así la pregunta 10 del cuestionario dice así: "Si considera necesario contar con nuevas normas, cuál de las siguientes soluciones le resulta la más adecuada: a. Una convención del tipo de la Convención de la CEE sobre Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales (Roma, 1980), de alcance general. b. Una convención de ley uniforme sobre ciertos contratos específicos, del tipo de la Ley Uniforme de Viena de 1980 sobre la Venta internacional. c. Una convención que consagre ciertos principios para los contratos internacionales, del tipo de la que ha proyectado el UNIDROIT (Documento UNIDROIT 1990, Study I - Doc. 40 REV. 5); que contenga normas sobre la internacionalidad y formación del contrato, su validez, interpretación, cumplimiento e incumplimiento, e incluya previsiones sobre las reglas de policía (*mandatory rules of domestic law*), autonomía de la voluntad de las partes (*party autonomy*), jurisdicción judicial y arbitral, así como la posibilidad de prever un orden jurídico de referencia, nacional o internacional, que permita colmar los problemas, por ejemplo, la interpretación y validez, etc. d. Una convención que se limite a resolver el tema relativo a la ley aplicable a la contratación internacional, del tipo de la solución vigente del Código Bustamante (1928) y de los Tratados de Montevideo (1889 y 1939-40) y de algunas Convenciones de CIDIP (v.g., la de las Sociedades Mercantiles de 1979), en el mismo orden de ideas de las Bases propuestas por la CIDIP-IV (Ver Acta Final, p. 27). e. Limitarse a prestar su participación y/o aceptación respecto de los trabajos que lleva a cabo la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional (CNUDMI) integrada por 36 miembros, en cuya agenda figura, por ejemplo, el tema de las Prácticas Contractuales Internacionales y el tema de la Responsabilidad de los operadores terminales del transporte, entre otros. f. Cualquier otra posibilidad normativa que sea pertinente a juicio de su gobierno. g. La combinación y armonización entre varias de las soluciones sugeridas. Véase ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE TEMARIO; *supra* nota 83, p. 22.

⁹² ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE TEMARIO *supra* nota 83, pp. 22-23.

teniendo en cuenta las discusiones que se remontan a la CIDIP-IV⁹³, el Comité Jurídico Interamericano decidió encomendar al doctor José Luis Siqueiros la elaboración de un anteproyecto de convención interamericana sobre la ley aplicable a la contratación internacional⁹⁴. En su período de sesiones de julio-agosto 1991, el CJI aprobó un "Proyecto de Convención Interamericana sobre Ley Aplicable en Materia de Contratación Internacional" ("Proyecto")⁹⁵. Este Proyecto es el que será sometido a consideración de la próxima CIDIP-V y es apropiado por lo tanto para repasar algunos aspectos de su orientación a fin de precisar las tendencias que la CIDIP considera importante en el proceso de unificación del derecho privado a nivel americano.

Tanto la exposición de motivos como el informe que acompañan el Proyecto destacan que el fenómeno de unificación y armonización del derecho privado debe ubicarse actualmente dentro de un contexto de creciente interdependencia económica, globalización de la economía e integración de regiones en mercados comunes⁹⁶. También se señala que este proyecto interamericano sobre ley aplicable no incursiona en temas que ya han sido satisfactoriamente resueltos en instrumentos de carácter universal, sino que debe estructurarse en un contexto similar al adoptado por la Comunidad Económica Europea en el Convenio de Roma del 19 de junio de 1980 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, que, por otra parte, constituyeron la fuente de inspiración principal a las ocho "Bases" adoptadas por la CIDIP-IV en 1989⁹⁷. En realidad,

⁹³ El informe que acompaña el Proyecto de Convención Interamericana sobre Ley aplicable en Materia de Contratación Internacional reconoce que este tema se encuentra íntimamente vinculado con la problemática de la competencia en la esfera internacional. Sin embargo, se destaca que por voluntad de la Asamblea General de la OEA el tratamiento de este segundo quedó postergado para ser considerado en una futura CIDIP. ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE TEMARIO, *supra* nota 83, p. 45, nota 7.

⁹⁴ CJI-Res. II/10/90, Río de Janeiro, 27 de agosto de 1990.

⁹⁵ PROYECTO DE CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE LEY APLICABLE EN MATERIA DE CONTRATACION INTERNACIONAL, OEA/Ser. Q/CJI/RES. II-6/91, 31 de julio de 1991 (en adelante "PROYECTO DE CONVENCION SOBRE LEY APLICABLE EN MATERIA DE CONTRATACION INTERNACIONAL"). El proyecto aprobado por el C.J.I. consta de seis capítulos divididos en veintiséis artículos. Sus disposiciones más relevantes se refieren al ámbito de aplicación de la Convención (Arts. 1-4), la determinación de la ley aplicable (arts. 5-10), ley aplicable a la existencia y validez del contrato (arts. 11-12), y materias que deben ser reguladas por la ley aplicable (arts. 13-17). Reflejando la tendencia más moderna incorporada a tratados multilaterales recientes en materia de derecho privado, el artículo 2 del Proyecto de Convención sobre Ley Aplicable en Materia de Contratación Internacional destaca la necesidad de interpretar y aplicar la Convención teniendo en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación.

⁹⁶ ANTECEDENTES SOBRE EL PROYECTO DE TEMARIO, *supra* nota 83, pp. 40, 45.

⁹⁷ ANTECEDENTES SOBRE EL PROYECTO DE TEMARIO, *supra* nota 83, pp. 47-48.

el Proyecto elaborado por la C.J.I. sigue de cerca tanto a la Convención sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de las Comunidades Europeas firmada en Roma en 1980 ("Convenio de Roma")⁹⁸, como así también a la Convención de La Haya sobre Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, firmado el 22 de diciembre de 1986 ("Convención de La Haya")⁹⁹, en cuya elaboración participaron un buen número de países de América Latina¹⁰⁰.

Cabe reparar, por ejemplo, no sólo en la similitud sino identidad de criterios adoptados por estos tres instrumentos en temas fundamentales, tales como: la caracterización de la "internacionalidad" del contrato¹⁰¹; el ámbito de aplicación del proyecto y los temas expresamente excluidos de su órbita¹⁰²; necesidad de imponer la aplicación de la convención a través de la ley aplicable y promover su interpretación uniforme¹⁰³; ámbito de reconocimiento del principio de la

⁹⁸ La bibliografía sobre el tema es abundante. V. BOGGIANO, CONTRATOS INTERNACIONALES, *supra* nota 85, p. 151, nota 129. El doctor Boggiano también aconsejó en su informe la universalización de las normas de conflicto previstas por el Convenio de Roma ("... Opino que la Convención de Roma de 1980 debería servir como texto de base para la elaboración de reglas en el ámbito de la OEA. En esta materia la tendencia es hacia la universalización, y no a la regionalización..."). *Id.*, p. 152.

⁹⁹ El relator del proyecto, Dr. José Siqueiros, destacó expresamente esta circunstancia en su informe: "Siendo objetivos no debemos soslayar las observaciones críticas que la Convención Europea (Roma, 1980) ha recibido de la doctrina, y de la dificultad de ensayar innovaciones en una temática tan explorada en el derecho internacional privado. En la década transcurrida desde que la Convención de Roma entró en vigor y en el lustro que va de las primeras firmas *ad-referendum* de la Convención de La Haya de 1986, no hay mucho que adicionar o reformar a los mismos textos citados que a su vez sirvieron como fuente de inspiración a las ocho "Bases" de la CIDIP-IV y que deben ser pauta en el anteproyecto que formule el Comité Jurídico Interamericano para su posterior examen en la Reunión de Expertos a convocarse por la Secretaría General antes de la celebración de la CIDIP-IV". ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE TEMARIO, *supra* nota 83, p. 67.

¹⁰⁰ En la conferencia diplomática celebrada en La Haya del 14 al 30 de octubre de 1985, estuvieron representados los siguientes Estados de la OEA: Argentina, Chile, Honduras, México, Estados Unidos, Uruguay y Venezuela. Brasil y Ecuador participaron como observadores. La CIDIP-IV expidió una resolución recomendando a los Estados Miembros de la OEA a ratificar o adherirse a la Convención de La Haya del 22 de diciembre de 1986. CIDIP-IV/Res. 4 (89), V., BOGGIANO, CONTRATOS INTERNACIONALES, *supra* nota 85, pp. 35-37.

¹⁰¹ Proyecto, art. 1; Convenio de Roma, art. 1, párrafo 1 (cuando el contrato se refiera a una situación que entrañe un conflicto de leyes de distintos países). ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE TEMARIO, 83, p. 48.

¹⁰² Proyecto, arts. 3-4; Convenio de Roma, arts. 1, 5, 6 y 12; Convención de La Haya, art. 2, incisos (a), (b) y (c) y 5 (excluyendo de su órbita de aplicación al estado y capacidad de las personas físicas, testamentos y sucesiones, regímenes matrimoniales, obligaciones alimentarias, obligaciones nacidas de títulos de crédito y otros instrumentos negociables, convenios de arbitraje y selección de foro, cuestiones derivadas de derecho societario, trusts y otras materias sujetas a una regulación especial, incluyendo compraventas concluidas por consumidores, contratos individuales de trabajo y cesión de créditos). ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE TEMARIO, nota 83, *supra*, p. 59.

¹⁰³ Proyecto, art. 1; Convenio de Roma, art. 2; Convención de La Haya, art. 6 (la ley designada por la Convención deberá aplicarse aunque no pertenezca a la de un Estado Contratante). Véase también Proyecto, art. 2; Convenio

autonomía de la voluntad para designar la ley aplicable a una parte o a la totalidad del contrato ¹⁰⁴; y, finalmente, criterios que determinan la ley aplicable a los contratos internacionales en defecto de elección de las partes o cuando esta última es jurídicamente ineficaz ¹⁰⁵. Esta armonización de criterios en materia de ley aplicable a la contratación internacional adoptados por el Proyecto de Convención Interamericana, el Convenio de Roma y la Convención de La Haya me llevan a insistir en la conveniencia y posibilidad, ciertamente jurídica y eventualmente política, que los esfuerzos de armonización y unificación que se llevan a cabo en el seno de la Comunidad Europea, la Conferencia de La Haya y la OEA converjan en una tarea común, donde la activa participación de las diversas delegaciones permita universalizar el ámbito espacial de los instrumentos internacionales en materia de ley aplicable a los contratos internacionales en general.

Si el análisis precedente aconseja que el abandono de posturas regionalistas es jurídicamente factible en lo que se refiere a la cooperación judicial internacional y conflicto de leyes en materia de contratos internacionales, existen razones fundadas para pensar que en materia de derecho sustantivo de los contratos internacionales la conveniencia de los países de América Latina también se.

de Roma, art. 18; Convención de La Haya, art. 16 (siguiendo el art. 16 de la Convención de Viena de 1980, en el sentido de que a los fines de su interpretación y aplicación, deberá tenerse en cuenta el carácter internacional de la Convención y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación). Véase también, en el mismo sentido, Convenio sobre Representación de la Compraventa Internacional de Mercaderías de 1983, art. 6 (1).

¹⁰⁴ Proyecto, art. 5; Convenio de Roma, art. 3, par. 1; Convención de La Haya, art. 7, par 1 (requiriendo que el acuerdo sea expreso o, excepcionalmente, desprenderse en forma inequívoca de la conducta de las partes y del contrato considerado en su conjunto). Cf., Proyecto, art. 6; Convenio de Roma, art. 3, par. 2; Convención de La Haya, art. 7, par. 2 (autorizando a las partes a convenir que el contrato pueda regirse, en todo o en parte, por una ley distinta de aquella por la que se rigió anteriormente, haya sido o no elegida por las partes).

ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE TEMARIO, *supra* nota 83, pp. 50-51. Con respecto a las limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad destinadas a impedir una elección "caprichosa", es decir, sin conexión alguna con el contrato, a eludir leyes imperativas, de policía o de aplicación inmediata, el art. 10 del Proyecto dispone que "se aplicarán necesariamente las disposiciones de la ley del foro cuando tengan carácter imperativo" y, a discreción del foro, se podrán "aplicar las disposiciones imperativas de la ley de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos". Véase, ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE TEMARIO, *supra* nota 83, pp. 51-55; BOGGIANO, CONTRATOS INTERNACIONALES, *supra* nota 85, pp. 33-45 y 55-75.

¹⁰⁵ Proyecto, arts. 7-9; Convenio de Roma, art. 4; Convención de La Haya, art. 8 (el contrato se regirá por la ley del Estado con el cual el contrato tenga "los vínculos más estrechos", estableciendo una presunción que dicho Estado es aquél "en que la parte manifiestamente más obligada en la relación contractual debe cumplir con su prestación, y donde tenga, además, su residencia habitual o establecimiento principal"). Véase, ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE TEMARIO, *supra* nota 83, pp. 55-62; BOGGIANO, CONTRATOS INTERNACIONALES, *supra* nota 85, pp. 46-54.

orienta hacia una integración a los esfuerzos que ya han comenzado a realizarse en otros foros internacionales. Para apreciar el mérito de esta sugerencia, conviene destacar en primer lugar la homogeneidad sustantiva del derecho latinoamericano en materia de obligaciones y contratos comerciales.

ABSTENCION DE LOS ESFUERZOS DE UNIFICACION LATINO-AMERICANOS DEL CAMPO DEL DERECHO MERCANTIL SUSTANTIVO

En lo que respecta al panorama que presenta el derecho privado sustantivo latinoamericano a los efectos de su eventual armonización y unificación, cabe destacar en primer lugar que, sin perjuicio de la inevitable disparidad de las legislaciones internas en aspectos de detalle, la identidad de cultura jurídica de los países latinoamericanos constituye una base firme de armonización regional. En segundo lugar, como se señaló anteriormente, los instrumentos interamericanos elaborados por las cuatro CIDIPs se han concentrado en el derecho conflictual y cooperación judicial, sin incursionar en temas de derecho uniforme sustantivo. A juzgar por la postura adoptada por el CJI en materia de compraventa internacional de mercaderías en sucesivas oportunidades, los países de América Latina no desean incursionar en la unificación del derecho mercantil sustantivo ¹⁰⁶.

La aparente aceptación de los países de la región del texto de la Convención de Viena de 1980 sobre venta internacional de mercaderías preparada por UNCITRAL, como así también la compatibilidad de las legislaciones internas latinoamericanas con los principios aplicables a los contratos comerciales internacionales que se encuentra elaborando UNIDROIT, permite augurar una paulatina integración de los países latinoamericanos a los esfuerzos de unificación universal que lleva a

¹⁰⁶ V., G. Parra Aranguren, *Legislación uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías*, REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO, 1986, vol. 35 pp. 28 y ss. En resoluciones dictadas durante el 22 de diciembre de 1967, 6 de agosto de 1973, 13 de enero de 1977, el CJI expresó que en vista de la Ley Uniforme sobre Venta Internacional de Bienes Muebles elaborada por la Conferencia de La Haya en 1964, no existían motivos para propiciar la elaboración de un documento regional en esta materia, siendo aconsejable que los Estados Miembros de la OEA se adhieran a un documento de carácter universal. V. *Recomendaciones e Informes del Comité Jurídico Interamericano. Documentos oficiales*, vol. 11, 1974-1977, Washington, 1981, pp. 576-77. Esdta postura motivó que la CIDIP-II eliminara este punto dentro de su temario, fundamentalmente en miras a los trabajos de UNCITRAL que posteriormente se concretaron en la adopción de la Convención de Viena de 1980. V. BOGGIANO, *CONTRATOS INTERNACIONALES*, *supra* nota 85, pp. 79-81.

cabó UNIDROIT y UNCITRAL. Sin embargo, a juzgar por el proyecto de temario de la próxima CIDIP-V, pareciera que en materia de normas de derecho internacional privado la tendencia continuará siendo la regionalización. Insisto que, a mi modo de ver, este camino separado sólo se justifica en la medida en que existan diferencias genuinas, y ya se ha demostrado que este no es el caso. En lugar de trabajar en un proyecto de convención interamericana en materia de ley aplicable a la contratación internacional, los Estados miembros de la OEA podrían considerar seriamente la adopción de la Convención de La Haya del 22 de diciembre de 1986.

Las tendencias hacia la armonización y uniformidad del derecho sustantivo latinoamericano se reflejan en una prolífica elaboración doctrinaria de "leyes tipo" o "códigos modelo" adoptados en congresos, jornadas y simposios. A pesar de su contribución eventual como fuentes de reforma legislativa, en la mayoría de los casos estas leyes "tipo" o "modelo" no se han concretado en derecho positivo uniforme. Así existen desde hace tiempo una serie de proyectos de unificación en temas tan diversos como leyes "tipo" en materia de organización del ministerio público fiscal¹⁰⁷ y arbitraje¹⁰⁸, como así también un buen número de códigos "tipo" latinoamericanos en materia de derecho tributario¹⁰⁹, pe-

¹⁰⁷ Esta iniciativa estuvo precedida de un estudio comparativo sobre la organización y funcionamiento del ministerio público en los Estados americanos que llevó a cabo el Departamento de Asuntos Jurídicos de la Unión Panamericana. Conforme a las recomendaciones del Tercer Congreso Interamericano del Ministerio Público, efectuado en México durante los días 13 a 20 de julio de 1963, el Comité Jurídico Interamericano de la OEA suspendió el estudio del tema hasta tanto la Asociación Interamericana del Ministerio Público preparase un proyecto de ley tipo. OEA, CIJ-88, Washington, 1967. Véase, Fix-Zamudio *Breves reflexiones, supra* nota 2, pp. 323-325.

¹⁰⁸ Con anterioridad a sus trabajos en la preparación de una Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial (finalmente aprobada en Panamá en 1975, en el seno de la CIDIP-I), el C.J.I. había elaborado durante los años cincuenta un proyecto de ley uniforme sobre arbitraje que fue aprobado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos en la reunión celebrada en México en 1956. Dicho Consejo recomendó la adopción de la ley uniforme en los ordenamientos internos de los países americanos. V., Siqueiros. *Panorama actual del arbitraje comercial internacional*, en PANORAMA DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL (Selección de lecturas), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983, pp. 135, 142.

¹⁰⁹ *El proyecto de modelo de Código Tributario para América Latina*, en MEMORIA DE LAS CONFERENCIAS SUSTENTADAS CON MOTIVO DEL XXV ANIVERSARIO DE LA PROMULGACION DE LA LEY DE JUSTICIA FISCAL, México, 1966; Giuliani Fonrouge y D. Jarach, *Análisis del modelo de Código Tributario para América Latina OEA-BID*, en VI JORNADAS LATINOAMERICANAS DE DERECHO TRIBUTARIO. PUNTA DEL ESTE, 1970, Montevideo, 1971, pp. 103, 122-125 (destacando que este código modelo ha servido de base a algunos códigos latinoamericanos y en la redacción de algunos proyectos de ley).

nal¹¹⁰, aeronáutico¹¹¹ y procesal civil¹¹². Cabe presumir, sin embargo, que en materias tan diversas de derecho público, el camino de la armonización por vía legislativa o mediante la ratificación o adhesión de tratados internacionales enfrenta una serie de obstáculos que no se encuentran en un área homogénea como la de la contratación internacional. De allí que sea necesario echar un vistazo a la homogeneidad jurídica latinoamericana en materia de obligaciones y contratos, para después especular acerca de las posibilidades de su integración al derecho mercantil internacional.

IDENTIDAD BASICA DEL DERECHO PRIVADO SUSTANTIVO LATINOAMERICANO: POTENCIALIDAD DE SU INTEGRACION PROGRESIVA AL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

En el ámbito tradicionalmente considerado como medular del derecho privado, más allá de las raíces mediatas del derecho romano¹¹³, la identidad jurídico-cultural del derecho latinoamericano se extiende durante el largo período de dominación colonial¹¹⁴. El derecho indiano aplicable a los territorios de ultramar construyó las bases de lo que luego de la independencia política comenzó a adquirir identidad nacional a través de la codificación. Cabe reconocer que el objetivo principal de la codificación del derecho privado en América Latina no fue precisamente perseguir la uniformidad del derecho privado de las jóvenes repúblicas latinoamericanas, sino más bien afirmar la naciente soberanía política mediante un sistema legislativo inteligible y más accesible que la dispersa, profusa y confusa legislación colonial¹¹⁵. Sin embargo, durante esta etapa post-colonial, la armonía jurídica latinoamericana

¹¹⁰ V. A. Reyes *El proyecto de Código Penal Tipo Latinoamericano*, REVISTA DE LOS UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, Bogotá, diciembre de 1967, pp. 583-689; F. Grisolia, *Génesis y trayectoria del Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica*, REVISTA MEXICANA DE DERECHO PENAL, México, noviembre-diciembre de 1971, pp. 26-28.

¹¹¹ V. Rodríguez Jurado, *El proyecto de Código Aeronáutico Latinoamericano*, en ESTUDIOS JURIDICOS EN HOMENAJE AL PROFESOR ENRIQUE A. C. AZTRIA, Buenos Aires, 1966, pp. 168-297; E. MAPELLI LOPEZ, CODIGOS Y LEYES DE AVIACION CIVIL DE IBEROAMERICA, Madrid, 1970, pp. 819.

¹¹² V., PROYECTO DE CODIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMERICA, Instituto Chileno de Derecho Procesal, Valparaíso, 1989; EL CODIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMERICA, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Montevideo, 1988, Véase, en general, UN "CODICE TIPO" DI PROCEDURA CIVILE PER L'AMERICA LATINA, Padova, 1990 (S. Schipani y R. Vaccarella).

¹¹³ Guzmán Brito, *La penetración del derecho romano en América*, REVISTA CHILENA DE DERECHO, 1991, pp. 203, 211.

¹¹⁴ Véase, en general, J. OTS CAPDEQUI, MANUAL DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL EN LAS INDIAS (1945); BARRERA GRAF, EL DERECHO MERCANTIL EN LA AMERICA LATINA, México, 1963, p. 19.

¹¹⁵ Véase el interesante prólogo de Phanor Eder a la traducción inglesa del Código Civil argentino realizada por Frank Joannini, THE ARGENTINE CIVIL CODE, Boston, 1917, p. xxii.

es reafirmada a través de la influencia predominante del *Code civil* napoleónico y el abundante cuerpo de doctrina que acompañó su recepción¹¹⁶. En este punto, sin embargo, conviene hacer algunas distinciones entre la corriente codificadora civil y mercantil, y entre diferentes grupos de países conforme a la influencia más o menos directa del modelo francés o español y la influencia recíproca de los códigos latinoamericanos.

En lo que respecta a la codificación del derecho civil, la identidad latinoamericana es susceptible de ser subdividida en diferentes grupos, conforme al tipo y grado de influencia recibida de la codificación napoleónica¹¹⁷. Así, puede desprenderse un primer grupo que adoptó casi literalmente el Código Napoleón de 1804, entre los que se encuentran Haití y la República Dominicana¹¹⁸. Un segundo grupo, en el otro extremo diferenciador, está representado por aquellos países que adoptaron el Código Civil español de 1889 por haber sido los últimos en haberse desprendido del régimen colonial. Este es el caso de Cuba y Puerto Rico, aunque ambos sistemas jurídicos han sido significativamente influenciados, en el caso de Cuba, por la superestructura política de la "legalidad socialista"¹¹⁹ y en el

¹¹⁶ Para constatar la influencia de la doctrina francesa que acompañó el movimiento de codificación en algunos países latinoamericanos, basta repasar algunas de las obras que aparecen frecuentemente citadas en las eruditas notas de Dalmacio Vélez Sársfield que acompañan los artículos del Código Argentino de 1869. Algunos textos de doctrina fueron utilizados como fuente directa de las disposiciones del código, v. gr., la obra de Charles Aubry y Charles Rau, *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C.S. Zachariae*, Paris, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1856-1858, 3ª ed., 6 volúmenes. Otras obras de importancia incluyen autores como Charles Demolombe, Jean Domat, Jean Baptiste Durverger, Emile Victor Foelix, Victor N. Marcadé, E. Martou, Gabriel Massé, Frédéric Mourlon, Robertus Josephus Pothier, Jean-Baptiste Broudhon, Charles Bonaventure Marie Toullier, Raymond Troplong y Karl Salomon Zacharie.

¹¹⁷ Véase, en general, J. CASTAN TOBEÑAS, *LOS SISTEMAS JURIDICOS CONTEMPORANEOS DEL MUNDO OCCIDENTAL*, 1975, Madrid, 2ª edición, pp. 43 y ss; Castán Tobeñas, *Contemporary Legal Systems of the Western World*, *COMPARATIVE JURIDICAL REVIEW*, 1986, pp. 117-127; id, *El sistema jurídico iberoamericano*, *REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS*, Madrid, 1968, p. 209; Segal, Pinto & Colautti, *Aperçu sur les systèmes juridiques de l'Amérique du Sud*, *REVUE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARE*, Paris, 1988, vol. 65, pp. 105, 108-115; De los Mozos, *Perspectivas y Método para la comparación jurídica en relación con el Derecho Privado iberoamericano*, *REVISTA DE DERECHO PRIVADO*, Madrid, 1976, vol. 60, p. 777; Catalano, *Sistema Jurídico Latinoamericano y Derecho Romano*, *REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA*, Madrid, 1982, vol. 85, p. 85.

¹¹⁸ Leger, *De l'influence du Code Napoléon à Haiti et des différences d'legislation civile entre France et Haiti*, en *LE DROIT CIVIL FRANCAIS. LIVE SOUVENIR DES JOURNES DU DROIT CIVIL FRANCAIS*, 1936, P. 755.

¹¹⁹ CODIGO CIVIL, de 11 de mayo de 1888, hecho extensivo a Cuba por Real Decreto de 31 de julio de 1889 y vigente desde el día 5 de noviembre del mismo año. Concordado y anotado hasta el 8 de marzo de 1975. Publicación Oficial del Ministerio de Justicia (1975). Véase también, Azicri, *Change and Institutionalization in the Revolutionary Process: The Cuban Legal System in the 1970's*, *REVIEW OF SOCIALIST LAW*, 1980, vol. 6, p. 164.

caso de Puerto Rico, por la aplicación del derecho federal de los Estados Unidos ¹²⁰. Un tercer grupo está representado por países de América Central como Honduras y Panamá, cuya primera codificación del derecho civil tuvo lugar a comienzos de este siglo y por lo tanto tuvieron la oportunidad de apoyarse, aunque no en forma tan directa como el grupo anterior, en el Código Civil español.

Un cuarto grupo de países, quizás el más significativo desde el punto de vista histórico, reconoce el Código Civil francés como fuente inspiradora principal, pero se inclinaron por un estilo y técnica ecléctico, aportando una dosis significativa de originalidad al movimiento de codificación latinoamericano. Me refiero al Código Civil chileno redactado por Andrés Bello (1855) ¹²¹, el Anteproyecto de Código Civil para el Imperio del Brasil redactado por Augusto Teixeira de Freitas (1856) ¹²² y el Código Civil argentino de Dalmacio Vélez Sársfield (1869). Este último grupo de codificaciones adquiere una relevancia inusitada en lo que se refiere al proceso de armonización y unificación del derecho privado latinoamericano, puesto que los tres códigos mencionados influyeron, en mayor o menor medida, en la codificación del derecho civil de un buen número de países. Así, el Código Civil de Andrés Bello fue adoptado por las primeras codificaciones civiles en Ecuador (1861), Venezuela (1863), Nicaragua (1867), Colombia (1873), El Salvador (1880) y Honduras (18880). A su vez, tanto el Código Civil chileno como el anteproyecto de Freitas tuvieron una influencia significativa en el Código Civil argentino redactado por Vélez Sársfield, y este último, a su vez, fue adoptado textualmente por Paraguay en 1876. El Código Civil para la República Oriental del Uruguay reconoce a su vez la influencia de las codificaciones argentina, chilena y brasilera.

¹²⁰ Véase, Alvarez González, *La reforma del Código Civil de Puerto Rico y los imperativos constitucionales; un comentario*, REVISTA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE PUERTO RICO, 1991, vol. 62, p. 223; Rodríguez Ramos *Interaction of Civil Law and Anglo-American Law in the Legal Method of Puerto Rico*, TULANE LAW REVIEW, 1948, vol. 23, p. 1; Trias Monge, *Consideraciones sobre la reforma del Código Civil de Puerto Rico*, REVISTA JURIDICA DE PUERTO RICO, 1983, vol. 52, p. 143.

¹²¹ Véase, Matus Valencia, *The Centenary of the Chilean Civil Code*, AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, 1958, vol. 7, p. 71; A. GUZMAN B., ANDRES BELLO CODIFICADOR. HISTORIA DE LA FIJACION Y CODIFICACION, DEL DERECHO CIVIL EN CHILE, 1982, p. 158; Guzmán B., *El pensamiento codificador de Bello entre las polémicas chilenas en torno a la fijación del Derecho Civil*, en DIRITO ROMANO CODIFICAZIONI E UNITA DEL SISTEMA GIURIDICO LATINOAMERICANO, 1981, obra coordinada por S. Schipani, p. 5.

¹²² Véase, Castro Borges, *Na formação do Direito suramericano: Teixeira de Freitas e Vélez Sársfield*, SCIENTIA JURIDICA, 1985, vol. 34, p. 216; S. MEIRA A., TEIXEIRA DE FREITAS, O JURISCONSULTO DO IMPERIO. VIDA OBRA, 1983, Brasília, 2ª edición.

Finalmente, se destacan lo que podríamos clasificar como un quinto grupo de codificaciones “modernas”, adoptados en este siglo y por lo tanto en una época en que la codificación napoleónica había dejado de ser la única fuente inspiradora continental europea. Cabe incluir en este grupo el Código Civil de Brasil (1917) y al Código Civil de México para el Distrito Federal (1928), que sirvió de guía para los códigos estatales mexicanos. Más recientemente, el Código Civil boliviano de 1976 y el Código Civil peruano de 1984 continuaron esta tendencia más independiente de la corriente francesa ¹²³.

La homogeneidad de la legislación civil latinoamericana también se extendió al campo del derecho mercantil. Esta identidad surge en primer lugar por la supervivencia, aunque durante un período relativamente breve, de la legislación colonial hispana y lusitana con posterioridad a la independencia, ya sea por disposición expresa de los nuevos gobiernos nacionales o por el mantenimiento tácito de su vigencia ¹²⁴. Durante el siglo XIX existió una marcada influencia de la codificación comercial francesa de 1807 y española de 1829 y 1855 ¹²⁵. Mientras que un primer grupo que incluye a Haití (1826) y a la República Dominicana (1884), copiaron el modelo francés al pie e la letra, un segundo grupo adoptó el modelo español de 1829, entre los que se incluye Ecuador (1831), Paraguay (1846), Perú, Costa Rica y Colombia (1853). Un tercer grupo de países siguió el modelo español de 1855, entre los que se incluyen Honduras (1890), Perú (1902), Puerto Rico y Cuba (1899) ¹²⁶.

También en el área mercantil cabe resaltar la gran difusión de la doctrina gala que acompañó a la adopción de los primeros códigos de comercio latinoamericanos ¹²⁷.

¹²³ Véase Schipani, *El Código Civil peruano de 1984 y el sistema jurídico latinoamericano*, REVISTA JUDICIAL, San José de Costa Rica, 1987, vol. 40, p. 144.

¹²⁴ L. SEGOVIA, EXPLICACION Y CRITICA DEL CODIGO DE COMERCIO, Buenos Aires, 1829, vol. I, p. xi; Toro Garland, *Supervivencia del Derecho español en América*, REVISTA DE DERECHO ESPAÑOL Y AMERICANO, Madrid, Año I, N° 3, p. 42; J. OLAVARRIA, LOS CODIGOS DE COMERCIO LATINOAMERICANOS, Santiago, 1961, pp. 270, 287; J. BARRERA GRAF, EL DERECHO MERCANTIL EN LA AMERICA LATINA, México, 1963, pp. 23-40.

¹²⁵ El Código de Comercio español de Sáinz de Andino de 1829 tuvo gran influencia en Argentina y México con anterioridad a la codificación de la legislación mercantil en estos países; en otros fue literalmente copiado y aun en otro grupo sirvió como fuente principal junto al modelo francés de 1807, como en el caso de Bolivia (1835), Brasil (1850) y México (1854). J. BARRERA GRAF, EL DERECHO MERCANTIL EN AMERICA LATINA, México, 1963, pp. 26-27.

¹²⁶ OLAVARRIA, LOS CODIGOS DE COMERCIO LATINOAMERICANOS, Santiago, 1961, p. 95.

¹²⁷ El profesor mexicano Barrera Graf destaca la influencia predominante de autores como Pardessus, Alauzet, Masse, Delamarre et Le Poitvin, Boistel, Lyon Caen et Renault BARRERA GRAF, EL DERECHO MERCANTIL EN AMERICA LATINA, *supra* nota 125, p. 35-6. Véase también, J.C. Palmero, *Unidad del derecho privado*

Otro factor de armonización y unificación del derecho mercantil latinoamericano, tal como ocurrió con la codificación civil, fue la influencia recíproca ejercida por los códigos mercantiles de Brasil (1850), Argentina (1859) y Chile (1867), obra de codificadores de la talla de Teixeira de Freitas en Brasil, Vélez Sársfield y Eduardo Acevedo en Argentina y José Gabriel Ocampo en Chile ¹²⁸. La contribución recíproca de estas codificaciones se destaca por la influencia del Código brasileño de 1850 en Argentina y Chile; la del Código argentino de 1859 en el chileno y la de este último en el Código de Comercio argentino de 1889. También cabe destacar la intervención de juristas sudamericanos extranjeros en las principales codificaciones, como el uruguayo Eduardo Acevedo en el Código argentino y el argentino Ocampo en el Código chileno ¹²⁹. Así, el Código de Comercio argentino fue copiado al pie de la letra por Paraguay en 1903 (en vigencia hasta la adopción del código unificado de 1987) y adoptado con leves modificaciones por Uruguay en 1866. A su vez, el Código de Comercio chileno fue seguido en Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y Venezuela ¹³⁰.

Los principales códigos de comercio latinoamericanos, con excepción del chileno, fueron promulgados con anterioridad a los primeros códigos civiles. Esto motivó que los códigos de comercio incluyeran en su texto una variedad de disposiciones sobre obligaciones y contratos civiles que ya resultaban arcaicas a la época en que se dictaron los nuevos códigos civiles. Debido a este fenómeno, muchos de los códigos civiles acogieron principios consagrados por el derecho mercantil europeo (v. gr., solidaridad pasiva, constitución en mora sin necesidad de interpelación formal), resultando, al decir de Ascarelli, en "códigos civiles más comercializados que los mismos códigos de comercio" ¹³¹. Este fenómeno,

latinoamericano, REVISTA DEL DERECHO COMERCIAL Y DE LAS OBLIGACIONES, Buenos Aires, junio 1986, N° 111, año 19, pp. 379-403.

¹²⁸ El Código de Comercio brasileño fue promulgado por el emperador don Pedro II, el 25 de junio de 1850, mientras que el Código argentino fue inicialmente promulgado para la provincia de Buenos Aires, extendiéndose a la nación en 1862 en virtud de la incorporación de dicha provincia a la federación y la facultad exclusiva del gobierno federal para legislar en materia mercantil ¹³³. El Código argentino de 1859 fue reformado significativamente en 1889, véase, FRANCISCO J. GARO, DERECHO COMERCIAL, Buenos Aires, 1955, vol I, N° 44, p. 30.

¹²⁹ Véase, Olavarría, **Unificación legislativa-mercantil en América Latina**, REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MERCANTIL, 1961, P. 315.

¹³⁰ BARRERA GRAF, EL DERECHO MERCANTIL EN AMERICA LATINA, *supra* nota 125, pp. 32-34.

¹³¹ T. Ascarelli, **Natura e posizione del Diritto Commerciale** en SAGGI GIURIDICI, Milano, 1949, p. 136. Véase también BARRERA GRAF, EL DERECHO MERCANTIL EN AMERICA LATINA, *supra* nota 125, p. 84 (destacando que

unido a la estructura económica de los países de América Latina durante el siglo XIX (fundamentalmente agrícola, con escaso desarrollo industrial), ha resultado, por un lado, en una continua aspiración para la modificación y modernización del derecho mercantil¹³² y, por otro lado, en una serie de iniciativas tendientes hacia la unificación del derecho civil y comercial en materia de obligaciones y contratos, como los propuso el Proyecto Franco-Italiano de las obligaciones y lo concretó el Código Civil italiano de 1942.

Dentro de las iniciativas más recientes de reforma legislativa y unificación de la materia civil y comercial, cabe destacar, en primer lugar, al Código Civil paraguayo que entró en vigor el 1º de enero de 1987¹³³. El nuevo código paraguayo mantiene una estructura similar al anterior, pero incluye cinco libros, uno de los cuales está dedicado a los "contratos comerciales que anteriormente estaban incluidos en el Código de Comercio y también legislación especial anexa a dicho código"¹³⁴. Una labor similar de codificación civil y mercantil unificada, pero sin haberse concretado en ley positiva, fue realizada en Argentina. El Congreso mantuvo en discusión desde 1987 un proyecto de unificación que fue vetado en diciembre de 1991¹³⁵. También en el proyecto argentino se incluían

los códigos de comercio brasileño y argentino de 1850 y 1859 (reglamentaron las obligaciones y los contratos, materia principal de los códigos civiles adoptados con posterioridad). Véase asimismo, Aztiria, **Derecho comercial y derecho privado en los países de Derecho Continental**, INTER-AMERICAN LAW REVIEW, vol. 1, Nº 5, p. 119.

¹³² BARRERA GRAF, EL DERECHO MERCANTIL EN AMERICA LATINA, *supra* nota 125, p. 52.

¹³³ CODIGO CIVIL DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY. Sancionado por el Honorable Congreso Nacional como Ley Nº 1.183 del 18 de diciembre de 1985 y promulgado por el Poder Ejecutivo el 23 de diciembre de 1985. Edición de la Corte Suprema de Justicia, Asunción, 1986. La tarea de revisión se remonta a 1959, con el encargo de la Comisión Nacional de Codificación. El eminente jurista paraguayo Luis De Gásperi tuvo a su cargo la preparación de un anteproyecto terminado en 1964 que constituyó la médula del nuevo código. De los 2.800 artículos que componen el nuevo código, se estima que aproximadamente 2.250 fueron tomados del anteproyecto De Gásperi, cuyas fuentes de inspiración más importantes se encuentran en el Código Civil italiano de 1942 y dos proyectos de reforma del Código Civil argentino que se remontan a 1936. Véase, Moisset de Espanes, **El nuevo Código Civil paraguayo**, REVISTA DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA, Madrid, 1989, vol. 94, p. 475.

¹³⁴ El Código Civil paraguayo de 1987 consta de cinco libros: De las personas y de los derechos personales en las relaciones de familia; de los hechos y actos jurídicos y de las obligaciones; de los contratos y otras fuentes de obligaciones; de los derechos reales sobre las cosas; y de la sucesión por causa de muerte. El Título II del Libro III ("De los contratos en particular") incluye disposiciones acerca del contrato de transporte, comisión, corretaje, sociedades comerciales, títulos de crédito y contratos de seguro. El nuevo código paraguayo también deroga una serie de leyes especiales que fueron incorporadas al texto del código, tales como aquellas en materia de matrimonio civil, sociedades de responsabilidad limitada, almacenes generales de depósito, propiedad horizontal, propiedad literaria, científica y artística, prenda con registro y quiebras.

¹³⁵ Véase, PROYECTO DE CODIGO CIVIL SEGUN TEXTO APROBADO POR LA HONORABLE CAMARA DE DIPUTADOS DE LA NACION, Orden del día Nº 1604 del 15 de julio de 1987, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987. Luego de su

contratos tradicionalmente legislados en el Código de Comercio ¹³⁶ y se sometía a una regulación uniforme aquellas figuras contractuales sometidas a una doble regulación en ambos códigos ¹³⁷. Si bien las razones que motivaron el veto presidencial del proyecto argentino no son del todo claras, aparentemente no ha sido la idea de unificar la codificación comercial y civil la que ha motivado el rechazo, sino más bien el mérito de algunas de sus disposiciones ¹³⁸.

Es interesante constatar que si nos desplazamos del campo generalizado de la unificación del derecho privado y concentramos la atención en la regulación de la contratación internacional, la legislación interna de los países de América Latina ofrece un núcleo común que por cierto no es incompatible con las iniciativas que se han tomado a nivel internacional en materia de unificación del derecho mercantil. Aun cuando la profundización del análisis de cada institución en particular nos llevaría a descubrir diferencias de matices entre las legislaciones internas de los países latinoamericanos, si nos mantenemos en el terreno de los principios la posibilidad de armonización no presenta mayores dificultades técnicas. Si tomamos las disposiciones sobre compraventa internacional de mercaderías elaboradas por UNCITRAL y adoptadas en la Convención de Viena de 1980, que ya cuenta en la ratificación de algunos países de América Latina entre los que se cuenta Argentina, Chile, Ecuador y México, encontramos que por

aprobación por la cámara baja en 1987, el proyecto fue finalmente sancionado con la aprobación del Senado en noviembre de 1991 y vetado el 23 de diciembre del mismo año.

¹³⁶ Tal es el caso de algunas disposiciones del proyecto argentino de código uniforme en materia de contratos de cuenta corriente mercantil y bancaria (arts. 1928-1948), corretaje (arts. 2013-2021), transporte (arts. 2182-2215).

¹³⁷ V., por ejemplo, las disposiciones del proyecto de unificación argentina en materia de mandato (arts. 1889-1919); fianza (arts. 1986-2012); y depósito (arts. 2216-2243).

¹³⁸ Así, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de la República Argentina solicitó el veto de la ley de unificación alegando que el proyecto no tenía en cuenta la ley de convertibilidad de la moneda nacional (que, dicho sea de paso, había sido sancionada con posterioridad a la conclusión del proyecto de reforma) y que el proyecto había "pasado por alto numerosas objeciones formuladas por serias instituciones que se han pronunciado al respecto". REVISTA LA LEY, SUPLEMENTO ACTUALIDAD, Buenos Aires, 12 de diciembre de 1991, p. 4. Por su parte, la Federación Argentina de Colegios de Abogados se opuso al proyecto de unificación alegando, además de la incompatibilidad de algunas de sus normas con las normas sancionadas en materia económica, que la presunción de culpa en materia de responsabilidad extracontractual en el ejercicio de las profesiones liberales, establecida por el proyecto en su artículo 1625, "transgrede garantías constitucionales de igualdad y defensa en juicio [y] condiciona excesivamente el empleo de nuevas técnicas, obstaculizando el avance y progreso de la ciencia". REVISTA LA LEY, SUPLEMENTO ACTUALIDAD, Buenos Aires, 28 de abril de 1992, p. 3. Véase también, *Los médicos, del quirófano a tribunales*, PAGINA 12, Buenos Aires, 19 de diciembre de 1991, p. 14.

encima de las diferencias de detalle existe un amplio espacio para lograr un entendimiento¹³⁹. Arribaríamos a una conclusión similar si nos ocupáramos de calibrar el impacto de los principios propuestos por UNIDROIT en materia de contratos comerciales internacionales¹⁴⁰.

Dado el alto grado de homogeneidad que presenta el derecho privado latinoamericano y la factibilidad de su asimilación a un marco jurídico armonizado en materia de contratación internacional, ¿por qué los países de América Latina no han participado más activamente en los esfuerzos de unificación del derecho privado que han emprendido organizaciones internacionales? ¿Por qué razón los numerosos proyectos de leyes y códigos "tipo" o "modelo" no han fructificado en un derecho positivo único para todos los países de la región? Una aproximación a este interrogante requiere un análisis de las realidades de tipo jurídico-cultural, político y económico que enmarcan los esfuerzos de unificación legislativa en los países latinoamericanos. Esta apreciación de sus limitaciones permite una mayor comprensión de lo que se ha logrado hasta el momento y de las perspectivas futuras de la incorporación latinoamericana a los esfuerzos de unificación del derecho privado.

LIMITACIONES A LOS ESFUERZOS DE UNIFICACION LATINO-AMERICANA A NIVEL REGIONAL E INTERNACIONAL

Los países de América Latina se encuentran en un proceso de integración jurídica más incipiente que el que ha logrado la unión federal de los Estados

¹³⁹ V., en general, Barrera Graf, *La Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y el Derecho mexicano. Estudio comparativo*, REVISTA DE DERECHO COMERCIAL Y DE LAS OBLIGACIONES, Buenos Aires, 1987, vol. 14, pp. 315-336; Ferro Astray, *Hacia un Derecho uniforme de la Compraventa Internacional?*, ANUARIO DE DERECHO COMERCIAL, Montevideo, 1986, pp. 37-51; A. GARRO y A. ZUPPI, *COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERIAS*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1990

¹⁴⁰ V., Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), WORKING GROUP FOR THE PREPARATION OF PRINCIPLES FOR INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS, Study L - Doc. 40 Rev. 9, Roma, enero de 1992. Puede constatarse una congruencia básica de los principios fundamentales incorporados a estos "Principios" con aquellos consagrados en las legislaciones internas latinoamericanas en materia de contratos, tales como el Código Civil argentino (C. Civ. Arg.), el Código Civil para el Distrito Federal de México (Civ. C. Mex.) y el Código Civil paraguayo. Por ejemplo, el principio de la autonomía de la voluntad (Principios, art. 1.3; C. Civ. Argen., art. 1168; Civ. C. Méx., art. 1839; C. Civ. Parag. art. 669); el carácter vinculatorio de los contratos (Principios, art. 1197; Civ. C. Mex. art. 1796; C. Civ. Parag., art. 715); la preeminencia de normas

Unidos de América y la estructura jurídica comunitaria vigente en los países de la Comunidad Económica Europea. Los mayores avances de unificación, al menos en lo que se refiere a la puesta en marcha de una adecuada plataforma normativa y jurisdiccional, se han logrado en el terreno de los derechos humanos. Hace varios años que se encuentra vigente en un buen número de países latinoamericanos no sólo una Convención Americana de Derechos Humanos sino también organismos supranacionales encargados de controlar su cumplimiento¹⁴¹. Fuera de este campo, ciertamente prioritario, ni los sueños de Bolívar ni los intentos frustrados de integración económica regional y subregional han logrado por el momento poner en pie una sólida unión política y económica que agrupe a los países de América Latina¹⁴².

Aun cuando la integración económica latinoamericana sigue pareciendo no sólo de urgente necesidad sino inevitable¹⁴³, todavía es prematuro hablar de un derecho comunitario latinoamericano y pasará algún tiempo hasta que comiencen a adoptarse directivas a nivel supranacional que permitan uniformar instituciones básicas¹⁴⁴. Tampoco la OEA, a pesar de los esfuerzos que viene realizando su CJI desde hace casi treinta años; ejerce una función equivalente a la que

de orden público sobre la voluntad de las partes (Principios art. 1.5; C. Civ. Argen. art. 21; C. Civ. Méx. art. 6; C. Civ. Parag. art. 669). Por supuesto que muchas de las disposiciones de los Principios que prepara UNIDROIT no han sido recibidos en forma expresa en las codificaciones nacionales latinoamericanas, pero se trata en su mayoría de normas que cubren aspectos particularizados de la contratación internacional y que no son necesariamente incompatibles con la estructura de los códigos latinoamericanos.

¹⁴¹ V., *infra* nota 3.

¹⁴² V., Scheman, *The OAS and the Quest for International Cooperation: American Vision or Mirage?* CASE WESTERN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, 1981, vol. 7, pp. 83, 96-102.

¹⁴³ V. Octavio Paz, *América: ¿comunidad o coto redondo?*, LA NACION, Buenos Aires, 7 de febrero de 1990 ("el movimiento general de la historia nos lleva a formas de asociación política y económica regionales y continentales").

¹⁴⁴ La idea de la integración no es novedosa por cierto para América Latina, habiendo sido sustentada desde el siglo pasado por intelectuales del prestigio de Andrés Bello y Juan Bautista Alberdi. Este último destacaba en esa época: "más que la ponderación y balance de nuestras fuerzas militares, el equilibrio debe nacer del nivelamiento de nuestras ventajas de comercio, navegación y tráfico, el nuevo y grande interés de la vida americana". J. B. Alberdi, MEMORIA SOBRE LA CONVENIENCIA Y OBJETO DE UN CONGRESO GENERAL AMERICANO, Santiago de Chile, 1844. Pero no fue sino hasta después de la segunda guerra mundial cuando comenzaron a esbozarse esquemas subregionales de cooperación económica, entre los cuales se cuenta la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) en 1960, transformada veinte años después en Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). V., R. Barros, *Análisis comparativo de los tratados de Montevideo 1960 y 1980* INTEGRACION LATINOAMERICANA, Buenos Aires, septiembre 1980, N° 50, pp. 30-48; E. Vescovi y E. Vescovi; *Hacia la integración institucional: evolución del derecho internacional privado y comunitario en Latinoamérica*, REVISTA LA LEY, Buenos Aires, 1987, vol. 1987-A, pp. 1087-93.

desempeña en los Estados Unidos la **National Conference of Commissioners on Uniform State Laws**, encargada de la elaboración y remozamiento de la legislación uniforme, como así también de vigilar mediante un organismo permanente su interpretación armónica en los diversos estados de la Unión americana. Ni siquiera existe a nivel latinoamericano un **American Law Institute**, que tiene a su cargo reformular y condensar las corrientes doctrinarias y jurisprudenciales que prevalecen en las diversas disciplinas jurídicas del subcontinente¹⁴⁵. La competencia del CJI es mucho más limitada y, como se destacó anteriormente, fundamentalmente ha sido ejercida con mayor éxito en el campo del derecho internacional privado y la cooperación judicial interamericana.

La desintegración política de las nacientes repúblicas latinoamericanas y la falta de una sólida integración económica explica en gran medida por qué han fracasado muchos intentos de adoptar un derecho privado uniforme, a pesar de las tradiciones y fuentes comunes que facilitarían esta labor. Debe tenerse en cuenta, asimismo, otros factores atribuibles en gran medida al subdesarrollo económico. Estas dificultades se traducen en carencias en lo que se refiere a medios de comunicación y transporte que conspiran contra un mayor acercamiento entre los ordenamientos jurídicos latinoamericanos. Esto se refleja también en un aislamiento informativo y hasta mental. A pesar de que, desde la perspectiva de Estados Unidos y Europa, América Latina suele ser enfocada como una unidad, el nivel de información de los juristas latinoamericanos acerca de los ordenamientos jurídicos y prácticas judiciales de sus países vecinos es relativamente escaso. Es moneda corriente que un jurista de América Latina tenga mayor familiaridad con la doctrina francesa, alemana, italiana o norteamericana sobre un determinado tema que con lo que se haya escrito sobre esa misma institución en otro país de América Latina.

Esta falta de acercamiento jurídico entre los sistemas latinoamericanos responde, en gran medida, a limitaciones económicas que desembocan en una escasa circulación de información¹⁴⁶. Esta situación también es reflejo del enfoque

¹⁴⁵ Para una interesante evaluación crítica del impacto de la tarea que desarrollan estos organismos en la uniformidad del derecho privado en los Estados Unidos de América, véase, W. Gray, **E pluribus unum? A Bicentennial Report on Unification of Law in the United States**, *RABELS ZEITSCHRIFT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT*, 1986, vol. 50, pp. 111-165.

¹⁴⁶ V., al respecto, las ajustadas observaciones del profesor Barrera Graf expresadas hace veinte años: "Todavía hoy, desgraciadamente, son escasos los textos, incluso legislativos, de varios países; aún no circulan como

tradicional de la literatura jurídica latinoamericana, cuya doctrina suele enfatizar las corrientes de opinión influyentes en una Europa decimonónica más que en las realidades político y económicas contemporáneas de América Latina. Así es como muchas veces se adopta legislación por su mérito "intrínsecamente científico", sin tomar en cuenta la factibilidad de su aplicación práctica a los costos y beneficios de su ejecución ¹⁴⁷. También suele considerarse como derecho vigente, posturas doctrinarias enunciadas en algún tratado que van contrapelo de lo que la autoridades de aplicación y los tribunales deciden diariamente ¹⁴⁸. Por supuesto que hay excepciones y, que estos problemas no son exclusivos de la región latinoamericana, pero creo que estas generalidades no dejan de ser relevantes para una apreciación de conjunto de una cultura jurídica todavía prevaleciente.

Si esto es lo que ocurre en el terreno de la doctrina, en lo que respecta a la posibilidad de canalizar los esfuerzos de armonización y unificación a través de otros medios no-legislativos como la jurisprudencia, no puede esperarse que las decisiones judiciales puedan jugar un rol prominente en la unificación del derecho privado latinoamericano. Además del principio tradicional de la falta de obligatoriedad del precedente (al menos como principio general), es importante tener en cuenta que sólo en unos pocos países de América Latina las decisiones de los tribunales son publicadas en su texto completo y en forma regular. Aun cuando sean publicadas, el estilo de redacción de las sentencias y su escaso desarrollo analítico no permite en la mayoría de los casos utilizarlas como guías o parámetros útiles de interpretación de la ley. Si estos problemas han obstaculizado una mayor unificación del derecho latinoamericano, los obstáculos que enfrentan los esfuerzos de unificación internacional, especialmente en el escenario Norte-Sur, son también dignos de consideración.

Todos sabemos que la unificación y armonización puede obtenerse, nada más y nada menos, que a través del esfuerzo por encontrar coincidencias y superar

debieran y sería de desearse, los libros, tratados y comentarios de nuestros juristas, y el investigador, que muchas veces camina a tientas, ha de realizar improbables esfuerzos para obtener y comparar datos que nuestras mejores bibliotecas sólo le muestran a medias". BARRERA GRAF: EL DERECHO MERCANTIL EN AMÉRICA LATINA, *supra* nota 125, p. 87.

¹⁴⁷ V., B. Kozolchik: *Toward a Theory on Law in Economic Development: The Costa Rican USAID-ROCAP Law Reform Project*, LAW AND THE SOCIAL ORDER, 1971, pp. 681, 751-54.

¹⁴⁸ H.A. Cooper & D.Furnish, *Latin America: A Challenge to the Common Lawyer*, JOURNAL OF LEGAL EDUCATION, 1969, vol. 21, pp. 435.

disensiones, respetando el particularismo pero solamente en aquello que responda a diferencias de intereses y a prácticas particularizadas racionalmente defendibles. Pero también es sabido que múltiples factores políticos, culturales y hasta emocionales juegan un rol importante en la lucha por la armonización y unificación del derecho, donde la búsqueda de una fórmula normativa armónica con la propuesta por otros sistemas jurídicos suele mezclarse, casi inevitablemente, con la búsqueda de la “mejor” norma o regla para enfrentar problemas similares. Muchas veces nos encontramos defendiendo una posición sin otro fundamento que el consabido “siempre se ha hecho así en nuestro medio”. Esta fácil pero claramente inadecuada respuesta nos evita la incomodidad de tener que adentrarnos en la compleja tarea de comprender cómo funciona una institución jurídica extranjera dentro de su propio hábitat, única forma de poder entender si la solución práctica que propone el sistema extranjero al mismo problema en cuestión es más conveniente que la nuestra y si, además, la fórmula jurídica extranjera es factible de adopción o adaptación a un entorno cultural, económico-social y político muy diferente.

Aún superando estas barreras culturales, existe un bagaje histórico-político en América Latina que ha obstaculizado una participación más entusiasta de los países latinoamericanos en los foros internacionales de unificación del derecho privado. Me refiero a una cierta incomodidad, que en ciertas épocas se ha traducido en hostilidad, hacia convenciones internacionales elaboradas fuera del contexto regional y que, por esa razón, suele alegarse a veces con razón pero casi siempre sin mayor fundamentación, favorecen los intereses de los países industrializados en perjuicio de aquellos en vías de desarrollo. Es verdad que existen intereses claramente diferenciados en la regulación jurídica de ciertos temas que admiten diferencias pronunciadas según se las enfoque desde el “Norte” o desde el “Sur”. Esto se ha traducido en posturas encontradas en temas como la regulación del derecho ambiental, el régimen de inversiones extranjeras, transferencia de tecnología y muchos otros. Sin embargo, si aún en este tema es posible encontrar fórmulas jurídicas que compatibilicen intereses contrapuestos, con mayor razón es factible aspirar a un derecho unificado en el campo de la contratación internacional de bienes y servicios.

En lo que se refiere al amplio campo de la contratación comercial, como así también en el campo de la resolución de conflictos, la opción más conveniente para América Latina, en mi opinión, es la de incrementar su participación en

aquellos foros internacionales encargados de la elaboración de acuerdos internacionales, participación que, dicho sea de paso, y muchas veces por motivos políticos o económicos, no ha sido del todo adecuada en el pasado¹⁴⁹. La otra alternativa es la de quedar rezagados del proceso de integración jurídica en marcha. Una tercera opción, todavía menos apetecible, es la de tener que someterse a una ley y una jurisdicción extranjera en ausencia de una ley uniforme. Esta hipótesis suele ser enfrentada con frecuencia por la parte latinoamericana, en la medida en que la capacidad negociadora de los países en desarrollo no suele ser la más ventajosa para imponer su propia ley y sus propios tribunales.

La creciente interdependencia económica y la globalización de la economía ha llevado a la mayoría de los gobiernos constitucionales a implementar programas de creciente liberalización de la economía y a una aceleración de los procesos de creación de áreas de libre comercio. Este fenómeno es acompañado de un paulatino abandono de la postura tradicionalmente reticente y desconfiada hacia el comercio internacional protagonizado por las grandes multinacionales, cuya conducta puede desempeñarse dentro de un marco jurídico que permita controlar el abuso y la codicia pero al mismo tiempo otorgue las garantías necesarias para obtener un margen razonable de rentabilidad y seguridad jurídica. Sobre estas bases puede afirmarse que existe un creciente interés por parte de América Latina por incorporarse a los procesos de integración jurídica en marcha.

CONCLUSION

La decisión de optar entre la armonización regional o internacional de un campo determinado del Derecho no debe estar influenciada por la retórica de los discursos políticos, sino por la conveniencia de integrarse a una economía cada día más interdependiente. Esta apertura no implica por cierto renunciar al derecho y el deber de certificar en cada caso la compatibilidad entre las normas a ser adoptadas y a los intereses de los países de la región. Pero esta compatibilidad sólo puede calibrarse mediante un análisis serio y detenido del texto normativo propuesto y los intereses que se intentan proteger en cada caso particular.

¹⁴⁹ V., M.J. Bonell, *International Law in Practice - Or Where the Real Trouble Begins*, AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, 1990, VOL. 38, PP. 865, 878.

El nivel de intercambio comercial de la mayoría de los países de América Latina con los Estados Unidos y con los países de la Comunidad Europea señala la conveniencia de orientar los esfuerzos de unificación del derecho privado dentro de un contexto universal. En vista de la similitud de contenido de un buen número de convenciones interamericanas con las adoptadas por la Conferencia de La Haya, cabe preguntarse hasta qué punto se justifica la duplicación de la costosa y difícil tarea de unificación del derecho internacional privado y la cooperación judicial internacional que llevan a cabo ambos organismos. La misma pregunta cabe plantearse en lo que se refiere a la necesidad de uniformar criterios de selección de ley aplicable en materia de contratación internacional.

El Comité Jurídico Interamericano de la OEA debe continuar jugando un rol protagónico en los esfuerzos de unificación y armonización del derecho privado americano, pero acentuando la coordinación de sus tareas con las que realizan otros foros internacionales como la Conferencia de La Haya, UNCITRAL y UNIDROIT. Más allá de la labor de los organismos gubernamentales e intergubernamentales, continúa reposando en nosotros, los juristas del continente americano, la responsabilidad de servir en forma efectiva en esta labor de acercamiento, conocimiento recíproco y unificación.