

PERSPECTIVAS DE LA CIDIP VI

*Diego P. Fernández Arroyo*¹

Sumario: I. En General: La Actualidad de la CIDIP. 1. Introducción: La Depuración Temática para la CIDIP VI. 2. La Preocupación por la Duplicación de Esfuerzos como Criterio Preponderante para la Delimitación del Temario. 3. ¿Nuevo Perfil de la CIDIP? 4. La "Legitimación" de la Lex Mercatoria. 5. Los Movimientos en el Cuadro de Ratificaciones de las Convenciones Interamericanas sobre DIPr. II. En Particular: sobre los Temas para la CIDIP VI. III. Comentario Final

I. En General: la Actualidad de la CIDIP²

1. Introducción: La Depuración Temática para la CIDIP VI

1. Cuando todavía resuena el eco del impacto causado por la CIDIP V a través de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (México, 1994) —impacto producido tanto en América como en Europa, donde ha sido comentada en las más importantes publicaciones especializadas en DIPr³—, la Organización de los Estados Americanos se encamina decididamente hacia la realización de la CIDIP VI, la cual, según está previsto, se tendría que celebrar en el año 2000 en Guatemala.⁴ Como viene siendo práctica desde que se iniciaran los trabajos de la CIDIP en 1975, son los mismos delegados participantes en cada Conferencia quienes recomiendan la continuidad de los trabajos a la Asamblea General de la Organización sugiriéndole, además, la lista de temas identificados en principio como necesitados de una reglamentación de alcance continental.

En esta oportunidad la recomendación surgida de la CIDIP V fue hecha suya por la Asamblea el 7 de junio de 1996 mediante la Resolución AG/RES. 1393 (XXVI-O/96), a tra-

1 Profesor de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

2 CIDIP Conferencia Internacional de Derecho Internacional Privado.

3 Sólo por nombrar la bibliografía más reciente: E. Hernández-Bretón, "Internationale Handelsverträge im Lichte der Interamerikanischen Konvention von Mexiko über das auf internationale Verträge anwendbare Recht", *IPRax*, 1998, pp. 378-385; F.K. Juenger, "Contract Choice of Laws in the Americas", *AJCL*, 1997, pp. 195-208; S. Leible, "Aussenhandel und Rechtssicherheit", *ZVGIRWiss*, 1998, pp. 286-319; J. Samtleben, "Versuch über die Konvention von Mexiko über das auf internationale Schuldverträge anwendbare Recht", *IPRax*, 1998, pp. 385-394.

4 En un principio, la idea era que se realizara a finales de 1999 e incluso existe una dotación presupuestaria para ello. Pero el consenso acerca de la necesidad de llevar a cabo un minucioso trabajo previo aconseja su aplazamiento, en principio, para el año 2000, justo cuando se cumplen 25 años del inicio de la labor codificadora del DIPr en el seno de la OEA.

vés de la cual se convocó a la próxima CIDIP y se dictaron las “directivas” habituales: al Consejo Permanente para que procediera a la depuración temática, consultando para ello a los Estados miembros, y a la Secretaría General para la organización de las actividades preparatorias conducentes a la realización de la CIDIP VI.⁵

2. Esta tarea no ha sido fácil por varias razones: de un lado, como en otras oportunidades, la lista era considerablemente extensa y cada uno de los temas en ella contenidos estaba planteado en términos demasiado amplios; de otro lado, los intereses respecto de buena parte de ellos no eran ni son los mismos desde las diferentes perspectivas de los Estados miembros. Junto a estas razones apareció una vez más (en realidad, siempre está presente) el planteamiento de fondo respecto de la procedencia de unificar para el continente americano cuestiones que están siendo tratadas en foros de alcance o vocación universal, como se verá más abajo.

Los temas presentados al Consejo Permanente eran los siguientes:

- el mandato y la representación comercial;
- conflictos de leyes en materia de responsabilidad extracontractual (delimitado en un ámbito específico);
- documentación mercantil uniforme para el comercio internacional;
- quiebras internacionales;
- problemas de derecho internacional privado sobre los contratos de préstamos internacionales de naturaleza privada;
- responsabilidad civil internacional por contaminación transfronteriza (aspectos de derecho internacional privado);
- protección internacional del menor en el derecho internacional privado (patria potestad, guarda, visita y filiación);
- uniformidad y armonización de los sistemas de garantías comerciales y financieras internacionales.

Con esta lista ante los ojos, es fácil constatar que el mandato de la Asamblea General era más bien una cuestión de sentido común, impuesta tanto por las limitaciones temporales como por las más puramente materiales. Y para llevar a cabo tal mandato, la Comisión de

5 En realidad, cuando se habla del Consejo Permanente en este contexto se hace referencia a su Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, lo mismo que cuando se habla de la Secretaría General la referencia precisa es a la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos y a su Departamento de Derecho Internacional.

Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo trasladó dicha lista a los Estados miembros, recibiendo respuestas de parte de ocho de los treinta y cuatro miembros efectivos⁶ que en este momento tiene la OEA. Se constituyó entonces un grupo *ad hoc* encargado de redactar un proyecto de temario para ser sometido a la Asamblea General, tomando en consideración tales respuestas y la documentación preparada por la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos.⁷

La extensa lista anterior quedó entonces reducida a cuatro temas, aunque puedan parecer tres a primera vista por el hecho de aparecer dos de ellos en el mismo apartado (en realidad, uno de estos dos se refiere a una cuestión técnica de la mencionada Convención de México). Textualmente:

- documentación mercantil uniforme para el comercio internacional. Incluye la revisión y actualización de la Convención interamericana sobre contrato de transporte internacional de mercadería por carretera, de 1989, con la incorporación del conocimiento de embarque;
- los contratos de préstamos internacionales de naturaleza privada y, en particular, la uniformidad y armonización de los sistemas de garantías comerciales y financieras internacionales;
- conflictos de leyes en materia de responsabilidad extracontractual, con énfasis en el tema de la jurisdicción competente y las leyes aplicables respecto de la responsabilidad civil internacional por contaminación transfronteriza. Reconciliación de los textos en francés, inglés y portugués con el texto español de la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales.

3. Dado que, pese al gran esfuerzo realizado, las cuestiones a tratar seguían siendo demasiado generales con vistas a la aprobación de convenciones o algún otro tipo de texto internacional, y dada “la complejidad técnica de la materia”, la Asamblea General encomendó al Consejo Permanente la convocatoria de una reunión de expertos con una finalidad muy clara: para que ésta “defina con precisión el ámbito de los temas propuestos” e “inicie los trabajos preparatorios” para la CIDIP VI.⁸

El mandato fue cumplido y los días 3 y 4 de diciembre de 1998 tuvo lugar la *Reunión de Expertos* en la sede de la OEA, en una ciudad de Washington muy calurosa para esas fechas. Sobre la base de una serie de argumentos —que se comentan a continuación— vertidos por

6 Efectivos, porque aunque Cuba nunca ha dejado de ser miembro, la “suspensión” que se le impuso hace casi 40 años (en un contexto bien diferente de las relaciones internacionales, por cierto) mantiene a este país, de hecho, fuera de la Organización.

7 La labor desempeñada por esta Subsecretaría es esencial en todos los trabajos de la CIDIP, haciendo las veces de una verdadera “oficina permanente”. Cf. especialmente *Selection of Agenda for the Sixth Inter-American Conference on Private International Law (“CIDIP-VI”). A Preliminary Background Study*, de fecha 7 de octubre de 1996.

8 AG/RES. 1558 (XXVIII-O/98), aprobada el 2 de junio de 1998.

los delegados e invitados especiales, la *Reunión de Expertos* decidió que la lista quedaría limitada a los siguientes temas:

- (tema I) documentación mercantil uniforme para el transporte internacional con particular referencia a la Convención internamericana sobre contrato de transporte internacional de mercadería por carretera, de 1989, y la posible incorporación de un protocolo adicional sobre conocimiento de embarque;
- (tema II) los contratos de préstamos internacionales de naturaleza privada y, en particular, la uniformidad y armonización de los sistemas de garantías mobiliarias comerciales y financieras internacionales;
- (tema III) conflictos de leyes en materia de responsabilidad extracontractual, con énfasis en el tema de la jurisdicción competente y las leyes aplicables respecto de la responsabilidad civil por contaminación transfronteriza.

La *Reunión de Expertos* acordó la celebración de dos nuevas reuniones de expertos en el transcurso de 1999. En la primera de ellas se procedería a analizar (en grupos de trabajo separados) toda la documentación existente con vistas a la elaboración de sendos anteproyectos, los cuales serían remitidos a los Estados miembros y a otras instituciones interesadas para que vieran sus comentarios sobre los mismos, comentarios sobre los que versaría la segunda reunión. Esta metodología se propuso en principio para los temas I y II, aunque finalmente se acordó que el tema III podrá ser también discutido en dichas reuniones, conformándose un tercer grupo de trabajo en tal caso.

Respecto de la “reconciliación” entre las diferentes versiones oficiales de la Convención de México, se decidió darle un tratamiento más o menos informal (“administrativo”), según el cual los Estados interesados presentarán sus observaciones a la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos.⁹ Ésta a su vez transmitiría esas observaciones a los Estados ratificantes y signatarios de la Convención, todo con vistas a una posible reunión entre los Estados interesados en el transcurso de la CIDIP VI.

2. La Preocupación por la Duplicación de Esfuerzos como Criterio Preponderante para la Delimitación del Temario

4. Como sucede en todos los “clubes”, en el ambiente de la CIDIP se ha ido generando una jerga propia para designar las más diversas cuestiones relacionadas con su actividad. Así, cuando en este contexto se habla de la duplicación de esfuerzos se está haciendo referen-

⁹ La propuesta fue formulada por el delegado mexicano José Luis Siqueiros. De momento sólo han manifestado sus discrepancias — sin señalar expresamente cuáles son — Canadá y Estados Unidos. Aunque no consta en el *Informe de la Reunión de Expertos*, en la misma el delegado de Estados Unidos señaló que, según su entender, quedaba claro que todos los países con problemas lingüísticos podían presentar tales observaciones, lo cual mereció una respuesta afirmativa de parte de la Presidencia.

cia al tratamiento del mismo tema con vistas a la adopción de un texto internacional por distintas organizaciones internacionales. Más concretamente, se habla del riesgo de la duplicación de esfuerzos cuando una materia que se propone como codificable en el ámbito de la CIDIP ya está siendo objeto de trabajos preparatorios en el mismo sentido en algún foro de alcance o vocación universal o, con más razón, cuando en éstos ya existe un texto aprobado sobre dicha materia.

Se trata de una cuestión tan discutida como antigua, que comenzó a plantearse desde el inicio mismo de la CIDIP. En efecto, ya en 1975, al celebrarse la CIDIP I, se puso en tela de juicio la necesidad de elaborar una convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional cuando ya existía una aprobada en el seno de las Naciones Unidas que además tenía carácter “universal”.¹⁰ La misma discusión ha aparecido en cada sesión de la CIDIP, haciéndose especialmente visible en torno al tema del derecho aplicable a los contratos internacionales.¹¹

5. Para la CIDIP VI, la cosa no cambia significativamente. Si se observan las opiniones que sobre el temario sugerido, enviaron Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Estados Unidos, México, Perú y Uruguay a requerimiento del Consejo Permanente, se podrá comprobar la importancia dada a la cuestión. Lo mismo cabe decir acerca de los documentos preparados por la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos para la ocasión. Sin embargo, donde más se hizo notar la trascendencia de este argumento fue en la *Reunión de Expertos* de Washington. Lo interesante del tema es que no todos usaron tal argumento en el mismo sentido. Así, las delegaciones de México y Estados Unidos recurrieron a la muletilla de la no duplicación de esfuerzos para enfatizar sus reticencias a la inclusión lisa y llana del tema relativo a la responsabilidad civil por contaminación transfronteriza (debido a su tratamiento por la Conferencia de La Haya de DIPr), mientras que la de Uruguay lo hizo para subrayar que los temas relativos al comercio internacional vienen siendo tratados en UNIDROIT y en la CNUDCI.

6. Sobre este problema, no está de más recordar que cada vez que se ha discutido acerca de la justificación de la labor codificadora regional llevada a cabo por la CIDIP, se ha puesto en duda la procedencia de la misma respecto de temas de indudable alcance “universal”, ejemplificando siempre con las cuestiones atinentes al derecho del comercio internacional. Por mi parte, he expresado varias veces que creo que deben ponderarse más elementos para decidir al respecto, decisión que sólo resulta válida, materia por materia y en un momento histórico determinado, sobre todo porque las apreciaciones teóricas hechas *a priori* no siempre se confirman en la práctica posterior.

He aquí dos ejemplos:

10 D.P. Fernández Arroyo, *La codificación del derecho internacional privado en América Latina*, Madrid, Eurolex, 1994, pp. 215-217.

11 Puede consultarse mi artículo “La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux: certains chemins conduisent au-delà de Rome”, *Rev. cr. dr. int. pr.*, t. 84, 1995, esp. pp. 179-180.

1) Sin salir del marco del comercio internacional, puede observarse lo que ha sucedido con la Convención interamericana sobre arbitraje. Cuando ya ha pasado casi un cuarto de siglo desde su aprobación en el seno de la CIDIP I, y pese a las dudas generadas en su momento,¹² puede decirse que ha resultado ser un texto exitoso (a pesar de los eventuales problemas de aplicación), desde el punto de vista de la confianza generada por él en los Estados americanos, ya que está vigente en 16 Estados,¹³ varios de ellos también vinculados por la Convención de Nueva York de 1958.

2) En materia de protección de menores, yo mismo llamé la atención sobre la similitud de los textos elaborados por la Conferencia de La Haya en 1980 y por la CIDIP en 1989.¹⁴ Sin embargo, unos años después se advierte que algunos Estados americanos han optado por el texto de La Haya,¹⁵ otros por el de la CIDIP¹⁶ y otros por los dos,¹⁷ cumpliéndose de este modo las previsiones que sagazmente planteara D. Opertti Badán en su *Informe* preparado para la CIDIP IV.¹⁸

En realidad, hablando en un sentido muy general, creo que en el fondo de toda esta cuestión posiblemente hay un problema de perspectivas. Me refiero a que en lugar de plantear el tema en términos tales como "duplicación de esfuerzos" o "compatibilidad o incompatibilidad", tal vez fuera más adecuado hacerlo en función de las aportaciones que la obra de los demás foros de codificación pueden volcar sobre la codificación interamericana, y del aprovechamiento que la CIDIP puede hacer de dicha obra para elaborar las normas que más se ajusten a las necesidades de la región en esta hora.¹⁹ Todo esto sin olvidar que mientras en la

12 *Vid. supra*, n. 8.

13 Todos los sudamericanos salvo Bolivia, Surinam y Guyana, todos los centroamericanos continentales salvo Nicaragua y Belice, además de México y Estados Unidos.

14 "La Convención interamericana sobre restitución internacional de menores de 15 de julio de 1989", *Revista de Informação Legislativa* (Brasilia), núm. 112, 1991, pp. 347-376.

15 Argentina, Bahamas, Canadá, Chile, Colombia, Ecuador, Estados Unidos, Honduras, Panamá y Saint Kitts y Nevis. Como se sabe, dado el carácter semi-cerrado (art. 38) del Convenio de La Haya, la eficacia de las incorporaciones (adhesiones) de los Estados que no son miembros de la Conferencia están supeditadas a la aceptación de los Estados Parte.

16 Bolivia, Brasil y Paraguay.

17 Belice, México y Venezuela.

18 *Restitución internacional de menores (aspectos civiles)*, Montevideo, IIN, 1989. La compatibilidad entre ambos textos se regula en los arts. 30 y 34 de la Convención interamericana. *Cf. La codificación, supra*, n. 8, pp. 211-212.

19 Existen muchos trabajos encarados desde esta última perspectiva. *Cf.*, sin ánimo exhaustivo, D. Opertti Badán, "La codificación del derecho internacional privado: análisis comparativo de la labor realizada por la Conferencia de derecho internacional privado de La Haya y por la CIDIP", *España y la codificación internacional del derecho internacional privado*, Madrid, Eurolex, 1993, pp. 259-283; *id.*, "L'oeuvre de la CIDIP dans le contexte du droit international privé actuel", *Liber Amicorum G.A.L. Droz*, 1996, pp. 269-286; *id.*, "Compatibilidad e interacción de la codificación regional interamericana con los ámbitos de producción jurídica universal y subregional. Balance de los veinte primeros años de la CIDIP", *El derecho internacional privado interamericano en el umbral del siglo XXI*, Madrid, UCM, 1997, pp. 235-237; G. Parra-Aranguren, "La importancia del Instituto Internacional para la Unificación del derecho Privado (UNIDROIT) en la futura uniformidad jurídica del hemisferio americano", *XIX Curso CJI-1992*, pp. 183-218; J.L. Siqueiros, "La influencia de la Conferencia de La Haya en las convenciones interamericanas de derecho internacional privado", *XIX Curso CJI-1992*, pp. 167-182; *id.*, "El aporte del sistema interamericano al desarrollo del derecho internacional privado", *Rev. mex.der.int.pr.*, núm. 1, 1996, esp. pp. 42-43; L. Pereznieto Castro, "Las influencias recíprocas entre la codificación interamericana y los sistemas de derecho internacional privado", *El derecho internacional privado interamericano en el umbral del siglo XXI*, pp. 257-259; *id.*, "La codificación interamericana en derecho internacional privado, ¿es todavía una opción?", *Rev. mex.der.int.pr.*, núm. 1, 1996, esp. pp. 86-87; D.P. Fernández Arroyo, *La codificación, supra*, n. 8, pp. 209-224.

OEA sus Estados miembros tienen voz y voto (otra cosa es que los ejerzan o no), la participación latinoamericana en los otros foros de codificación (Conferencia de La Haya, CNUDCI, UNIDROIT) es todavía muy limitada.

3. ¿Nuevo Perfil de la CIDIP?

7. Otra observación general que resulta procedente tiene que ver con el cambio que se estaría operando en la CIDIP con la consolidación de este temario. En efecto, la agenda de la CIDIP VI aparece en buena medida volcada hacia el derecho del comercio internacional, ya que dos de los tres temas a tratar pertenecen claramente a este ámbito. Es verdad que ya en la primera CIDIP (Panamá, 1975) los temas se repartían entre cuestiones comerciales y procesales, pero en la que se está gestando dicho carácter mercantil es sensiblemente diferente.

En aquel caso, los tres temas vinculados con el comercio internacional (cheque, letra de cambio y arbitraje) habían sido ampliamente desarrollados y codificados internacionalmente en diversos foros con mucha anterioridad. Podría decirse que eran temas “clásicos” en esta materia, sobre todo los dos primeros, que contaban con regulación convencional desde los años 30. Por otro lado, el enfoque que adoptó la reglamentación de la CIDIP para las respectivas convenciones fue también, en general, “clásico” (siempre que pueda considerarse tal cualquier regla relativa a algo relativamente moderno como es el arbitraje comercial internacional).

Los temas mercantiles de la próxima CIDIP, en cambio, se incardinan dentro de la realidad que ha dado en llamarse globalización, al menos en el componente que ésta tiene de aumento exponencial de las transacciones internacionales en la última década y del impacto que esta realidad ejerce sobre el DIPr.²⁰ Son, por lo tanto, temas nuevos, de una gran actualidad, aunque se refieran a cosas tan antiguas como la documentación necesaria para el comercio o las garantías exigidas por los prestamistas. Las circunstancias actuales del comercio internacional, con las facilidades existentes para la circulación de bienes, servicios y capitales, impregnan de nuevas características a cuestiones que pueden considerarse tradicionales. Con todo, son las particularidades de estos temas más que su novedad las que exigen una cuidadosa elección de las técnicas de reglamentación a utilizar. En concreto, habrá que decidir razonadamente hasta qué punto las normas indirectas de derecho aplicable y las normas de carácter procesal (de jurisdicción y de reconocimiento) tendrán cabida en una normativa que se vislumbra más bien como de marcado contenido material.

8. Esta observación se complementa con la constatación de que la CIDIP ha comenzado a conceder, a partir de la CIDIP V, especial importancia a las aportaciones realizadas por ins-

20 Realidad que se manifiesta también en otros muchos ámbitos como el derecho de la competencia. *Vid.* al respecto J. Basedow, “Souveraineté et globalisation des marchés: le domaine d’application des lois contre les restrictions de la concurrence”, *Rec. des C.*, t. 264 (1997), pp. 9-178.

tuciones privadas encargadas del estudio y desarrollo de temas relacionados con la reglamentación de diversos aspectos del comercio internacional.²¹ En particular, cabe destacar el esfuerzo realizado por el *National Law Center for Inter-American Free Trade*, con sede en Tucson (Arizona), que ofició de anfitrión para la *Reunión de Expertos* sobre contratos internacionales previa a la CIDIP V, y que viene trabajando muy activamente en los temas I y II de la próxima CIDIP.²²

4. La “Legitimación” de la Lex Mercatoria

9. Desde una perspectiva diferente pero complementaria, la CIDIP estaría profundizando la brecha abierta por la Convención de contratos de 1994, en el sentido de dotar de “legitimidad” al “derecho” transnacional, en particular a la *lex mercatoria*. No es mi intención en esta breve semblanza introducirme por un camino que requiere de profundas disquisiciones teóricas (las cuales conducen fatalmente a significativas consecuencias prácticas);²³ sólo quiero indicar que, más allá del punto de vista particular que cada uno tenga sobre los fundamentos, la legitimidad y la aplicación de la *lex mercatoria*, no puede abrigarse duda alguna de que toda la discusión deviene abstracta cuando las reglas que normalmente se identifican como pertenecientes a la *lex mercatoria* son “introducidas” en los textos convencionales o cuando éstos reconocen la eficacia de aquéllas, *per se* o a través de la voluntad de las partes.

Teniendo en cuenta que, según una aproximación doctrinal, lo que caracteriza al “derecho” transnacional no es su origen en cuanto a quién lo elabora (la llamada eufemística e inadecuadamente “sociedad de comerciantes” por no utilizar conceptos mucho más claros, evidentes y perfectamente asumidos) sino en cuanto a su carencia de coercibilidad al no existir sanción por un poder público con potestad legiferante (de allí lo de derecho entre comillas), el objetivo mediato²⁴ de normas como la de los arts. 9.2 y 10 de la Convención interamericana sobre contratos de 1994²⁵ o algunas de las que presumiblemente adoptará la CIDIP VI sería, ni más ni menos, otorgar dicho carácter coercitivo a reglas que se han venido pergeñando en ámbitos “no oficiales” y que en muchos casos son familiares para los operadores del comercio (al menos para los “grandes” operadores).

Es decir, que cuando un Estado o una organización internacional oficial procede a codificar normas provenientes del “derecho” transnacional lo que está haciendo, gráficamente,

21 Cf. los “Comentarios generales sobre la CIDIP VI” realizados por D. Operti Badán (OEA/Ser.K/XXI, RE/CIDIP-VI/doc.8/98, de 3 de diciembre de 1998).

22 Los documentos preparados hasta el momento por los expertos del NLCIFT para la CIDIP VI fueron distribuidos durante la *Reunión de Expertos* de Washington, junto con otros documentos de distinto tenor como los redactados por especialistas del *Center for the Economic Analysis of Law* (Washington, D.C.).

23 Cf., sobre el particular, el minucioso estudio de K.P. Berger, *Formalisierte oder “schleichende” Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts*, Berlín/Nueva York, de Gruyter, 1996, pp. 9-108. Existe una versión en inglés de esta obra publicada en 1999 por Kluwer.

24 “Mediato”, porque todavía falta la ratificación o adhesión de los Estados para que tal carácter se concrete.

25 E. Hernández-Bretón, *supra*, n. 1, pp. 381-382, hace referencia a la existencia de dos actitudes contrapuestas sobre el particular: la de los “*Archipositivisten*” y la de los “*Aposteln der neuen lex mercatoria*”. Cf. F.K. Juenger, *supra*, n. 1, p. 206 y S. Leible, *supra*, n. 1, pp. 291-292 y 307 ss.

es quitarle las comillas a ese término, convirtiéndolo en auténtico derecho. A mi modesto entender, esta operación se inscribe dentro de la tónica normal de los tiempos que estamos viviendo y es tan lógico como saludable que organismos como la OEA (a través de la CIDIP) se sitúen en dicha senda.

Debe tomarse en consideración que este procedimiento es apto para clarificar las reglamentaciones a menudo farragosas que rigen el comercio internacional, siempre que se utilicen los instrumentos técnicos adecuados y que se opere con el conocimiento que exigen materias por lo general complejas. Los representantes de los Estados Parte tienen la obligación de balancear los intereses en presencia (entre ellos sus propios intereses de política legislativa) a la hora de elaborar los textos convencionales y, en cualquier caso, serán las autoridades correspondientes de cada uno de esos Estados las que decidan la ratificación o no de dichos convenios.

5. Los Movimientos en el Cuadro de Ratificaciones de las Convenciones Interamericanas sobre DIPr

10. Un último comentario de carácter general que parece importante realizar es el de los cambios que se han producido en la actitud de los Estados miembros de la OEA en relación con su incorporación a las convenciones aprobadas por la CIDIP. Después de un tiempo bastante largo en el que el cuadro de ratificaciones parecía congelado,²⁶ se han producido algunos movimientos relativamente significativos.

Es particularmente trascendente que un Estado de la importancia política y económica de Brasil, que se había mantenido prácticamente al margen de los resultados de la obra de la CIDIP, haya cambiado profundamente de actitud,²⁷ incorporándose a 14 de los 23 textos interamericanos. También Bolivia, que sólo había ratificado un convenio de la CIDIP ha realizado un pequeño pero interesante movimiento al ratificar las Convenciones interamericanas sobre eficacia extraterritorial de sentencias (CIDIP II), y obligaciones alimentarias y restitución de menores (CIDIP IV). Belice, por su parte, aparece por primera vez en el cuadro, centrando sus ratificaciones en el tema de la protección de menores, es decir, incorporándose a las dos últimas Convenciones mencionadas, a la de adopción (CIDIP III) y a la de tráfico internacional de menores (CIDIP V).

Precisamente, ya que menciono la Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores, es interesante llamar la atención de que pese a que la atención internacional de la CIDIP V se ha centrado en la Convención sobre contratos, aquélla cuenta ya con tres Estados partes (Belice, Brasil y Paraguay), en tanto que la más famosa sólo ha sido ratificada por México y Venezuela.

26 Cf. L. Perezniето Castro, "Las influencias...", *supra*, n. 17, p. 246.

27 Modificación en la que ha tenido mucho que ver su carácter de miembro del MERCOSUR. Vid. mi trabajo "El derecho internacional privado en el Mercosur: ¿hacia un sistema institucional?", en *El derecho internacional privado interamericano en el umbral del siglo XXI*, p. 167.

11. Sin temor a exagerar, puede decirse que los Estados latinoamericanos han terminado por hacer cada vez más “suya” la CIDIP, en el doble sentido de que sus convenciones les resultan familiares, “ratificables” en principio, y de que las normas de la CIDIP se van colando en algunos sistemas estatales de DIPr,²⁸ además de en los textos subregionales como los del MERCOSUR.²⁹ Esto, lógicamente, sin olvidar todos los problemas generales o particulares que puedan encontrar en las mismas. De otra parte (en terminología pugilística se dice “en el otro rincón”, pero no es exactamente el caso), Estados Unidos ha adquirido un considerable protagonismo a partir de la CIDIP de México y, de algún modo, también va haciendo “suya” la CIDIP.

II. EN PARTICULAR: SOBRE LOS TEMAS PARA LA CIDIP VI

1) Documentación mercantil uniforme para el transporte internacional con particular referencia a la Convención interamericana sobre contrato de transporte internacional de mercadería por carretera, de 1989, y la posible incorporación de un protocolo adicional sobre conocimiento de embarque.

A) Alcance general de la cuestión

12. En primer lugar, debe recordarse que el tema propuesto a la *Reunión de Expertos* estaba redactado como sigue: “documentación mercantil uniforme para el comercio internacional. Incluye la revisión y actualización de la Convención Interamericana sobre Contrato de Transporte Internacional de Mercadería por Carretera, de 1989, con la incorporación del conocimiento de embarque”. Para llegar desde esta redacción a la que encabeza el presente epígrafe se necesitaron largos intercambios de ideas en la reunión de Washington, aunque la localización de la cuestión en el ámbito de la Convención del 89 se produjo con suma celeridad. Una vez realizada dicha localización los problemas de fondo afloraron prístinamente.

13. Pero antes de comentar muy someramente el alcance de dichos problemas, cabe señalar que, en principio, la finalidad de alcanzar documentos únicos para el comercio internacional (al menos, para algunos sectores del mismo) entre todos los países de la región parece un objetivo razonable, ya que puede servir para facilitar los intercambios, eliminando obstáculos injustificados derivados algunas veces de simples e intercambiables formalidades. Dicha finalidad encaja especialmente con una realidad marcada por la integración económica, tanto a escala subregional (MERCOSUR, TLCAN, Comunidad Andina, SICA, CARICOM) como regional (ALCA).

28 Cf. L. Pereznieta Castro, “Las influencias...”, *supra*, n. 17, pp. 253-255, J. Samtleben, “Neue interamerikanische Konventionen zum Internationalen Privatrecht”, *RabelsZ*, vol. 56, 1992, pp. 81-84, y G. Parra-Aranguren, “La aplicación del derecho internacional privado en el derecho interno a través de los tratados internacionales, en particular en los foros de La Haya y de la Organización de los Estados Americanos”, *XXIV Curso CJI -1997-*, esp. pp. 24-27.

29 D.P. Fernández Arroyo, *supra*, n. 25 y “La nueva configuración del derecho internacional privado del Mercosur: ocho respuestas contra la incertidumbre”, *Jurídica* (México), 1999.

El tema clave entonces pasa por la necesidad de que tal finalidad pueda concretarse de modo efectivo. Para ello, es imprescindible que el contenido de la documentación uniforme que se adopte sea compatible con la realidad jurídica y económica de todos los Estados americanos (y no únicamente con la de algunos Estados que ya cuentan con algún grado de integración en este sentido), y que el mismo no incorpore elementos que a la postre puedan contradecir los principios de libertad y de fluidez en los intercambios (salvo las inevitables excepciones que puedan basarse en criterios de orden público).

Resulta importante tener en cuenta que, aunque el planteamiento global/teórico se presenta como muy simple y evidente (en definitiva no estamos ante otra cosa que la vieja idea de alcanzar disposiciones comunes para evitar los problemas suscitados por las disparidades), la realización práctica dista de ser tan fácil. La elección concreta de los elementos que debe contener la documentación uniforme y el tenor específico de ellos es una tarea ardua y muchas veces no meramente técnica. Detrás de cada uno de esos elementos puede aparecer un potencial conflicto de intereses entre los distintos actores del comercio internacional que requerirá una valoración detenida y una solución equilibrada.

De otra parte, cuando se habla de las “mejores prácticas contractuales”,³⁰ no puede soslayarse que en no pocos casos la definición no será sencilla. Es verdad que en algunos supuestos la práctica óptima o mejor puede descubrirse con criterios objetivos de sentido común. Pero eso no descarta que en otros casos lo que es mejor desde una perspectiva pueda no serlo tanto desde otra.

B) La revisión y actualización de la Convención de transporte de la CIDIP IV

14. Lo señalado en general tiene una proyección muy concreta sobre el tema del transporte de mercaderías por carretera, al cual finalmente se ha limitado la labor de la CIDIP VI en este punto. No me voy a extender sobre el particular. Simplemente anoto un par de cuestiones.

La insistente preocupación que algunos autores han manifestado acerca de las razones que han motivado la ausencia de ratificaciones en la Convención del 89 es perfectamente comprensible.³¹ Pero no deja de ser llamativo que a menos de diez años de la adopción de un texto basado en un exhaustivo estudio previo —cuyo contenido, dicho sea de paso, fue dejado de lado en algunos puntos claves al momento de aprobarse la Convención— se plantee la revisión y la actualización (?) del mismo, además de la incorporación del conocimiento de embarque; y todo eso sin tomar en consideración dichos estudios previos, encargados por la propia OEA.³²

30 Ver, por ejemplo, B. Kozolchik, “The UNIDROIT Principles as a Model for the Unification of the Best Contractual Practices in the Americas”, *AJCL*, 1998, pp. 151-179.

31 Cf., en particular, el documento preparado por el NLCIFT (*supra*, n. 20) —*Revisions to the OAS Convention*—, y el redactado por P. B. Larsen —*Draft Inter-American Convention on Contracts for International Carriage of Goods by Road*—, delegado de los Estados Unidos en la CIDIP IV. También de Larsen, puede consultarse “The 1989 Inter-American Convention on International Carriage of Goods by Road”, *AJCL*, 1991, pp. 121-155.

32 Aguirre/Fresnedo, “El transporte terrestre y el transporte multimodal: de los Tratados de Montevideo de 1889 a la CIDIP-IV de 1989”, *RTYS*, núm. 4, 1991, y D. Opertti Badán, “Comentarios”, *supra*, n. 19.

Debe anotarse también el manifiesto interés que se viene exteriorizando en Estados Unidos respecto de esta revisión. En efecto, es en ese país en el que se han venido llevando a cabo distintos trabajos sobre la materia. A escala regional, aparece el mencionado Proyecto elaborado por P.B. Larsen; limitado en principio al ámbito del TLCAN, pero con vocación interamericana (como señala B. Kozolchyk en el artículo antes citado), encontramos la unificación del conocimiento de embarque para el transporte por carretera en el TLCAN, realizado por el NLCIFT. El estudio pormenorizado de estos textos es ineludible en orden a obtener elementos de juicio suficientes para adoptar una posición sobre el particular.³³ Si bien se trata de documentos no oficiales, en la *Reunión de Expertos* pudo observarse como la delegación norteamericana hacía suyas las preocupaciones manifestadas en ellos, en especial en lo que se refiere a la limitación de la responsabilidad del transportista, la fijación de un plazo para la notificación de la existencia de daños en la mercadería y al deber de informar cuando se transporta mercadería peligrosa.

Como cuestión técnica, cabe mencionar que a raíz de una propuesta de la delegación mexicana, quedó acordado que la eventual reglamentación sobre conocimiento de embarque se plasmaría mediante un protocolo adicional a la Convención del 89. Con este entendimiento, es de prever que la ratificación de aquél por parte de cualquier Estado miembro de la OEA, requerirá también la ratificación de ésta. El problema será entonces evitar cualquier contradicción o solapamiento entre ambos textos además, obviamente, del contenido y alcance que se dé al conocimiento de embarque.

2) Los contratos de préstamos internacionales de naturaleza privada y, en particular, la uniformidad y armonización de los sistemas de garantías comerciales y financieras internacionales.

A) Alcance general de la cuestión

15. Aquí, como se ve, no hubo cambios en la redacción. Sin embargo, esto no refleja cabalmente el contenido de las discusiones desarrolladas en el seno de la *Reunión de Expertos*, en la cual, entre otras cuestiones, pareció existir consenso para que la CIDIP VI se centrara exclusivamente en las garantías mobiliarias, dejando de lado el tema general (los préstamos internacionales). Del mismo modo, hubo expresiones coincidentes para que el instrumento a aprobar sea una ley modelo en lugar de una típica convención interamericana.³⁴

16. Desde una perspectiva muy general, este tema presenta dos caras. Por un lado, la preocupación por ampliar y flexibilizar el marco de los bienes susceptibles de garantizar el

33 Con idéntica finalidad, me permito recomendar la lectura, en el mencionado artículo de B. Kozolchyk, *supra*, n. 28, de las páginas dedicadas a la comparación entre las prácticas estadounidenses y canadienses —de un lado— y las mexicanas—de otro— (pp. 156-160), y entre las reglas vigentes en los Estados Unidos y en los Estados latinoamericanos (pp. 177-179).

34 Así lo propuso el delegado mexicano Leonel Perezniño Castro. Cuando la delegación norteamericana preguntó por qué no ley modelo y además convención, el Presidente de la *Reunión* (y de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente), Embajador Mauricio Granillo Barrera, señaló que la mejor idea sería elaborar de momento una ley modelo dejando la convención para una CIDIP posterior.

cumplimiento del deudor/prestatario puede verse como orientada a aumentar su acceso internacional al crédito. Sin duda, cuantas más posibilidades tenga un particular (persona física o jurídica) para constituir válidamente garantías, mayores serán también las probabilidades de obtener los fondos que necesita; en este sentido, una regulación clara y coherente de la materia le beneficiaría, a la vez que, tomada la cuestión en forma más global, también sería beneficiosa para el marco económico en el cual dicho particular desempeña su actividad. Por otro lado, es evidente que en la medida en que tal regulación sea efectiva, habrá de servir al prestamista para cubrirse contra eventuales incumplimientos en la devolución de los préstamos. Desde esta óptica, esta parte vería salvadas las dificultades que se derivan de la falta de certeza en la realización de sus créditos provocada por el carácter internacional de las operaciones y por las disparidades normativas.³⁵

Pero esta situación hay que analizarla con los datos concretos de la realidad, de modo tal de enmarcar correctamente cualquier análisis teórico. Dicha realidad ofrece un panorama en el cual, dentro de los contratos de préstamo que nos interesan —los internacionales— y dentro del territorio abarcado por la OEA, aparece claramente determinado que en la inmensa mayoría de los casos (y especialmente en los cuantitativamente más relevantes) la parte prestamista está situada en un país con sobranes de capital (en principio, sólo dos en dicho ámbito geográfico) y la prestataria en un Estado que carece del mismo (el resto). Esta constatación debe tenerse muy presente en cualquier eventual regulación que se adopte y, en particular, en el caso de que se acuerde la elaboración de normas de jurisdicción internacional y de normas indirectas de derecho aplicable.

B) La uniformidad y armonización de los sistemas de garantías comerciales y financieras internacionales

17. Siguiendo con la misma tónica desarrollada hasta ahora, no me corresponde entrar en cuestiones técnicas concretas relativas a esta compleja materia. Por esta razón, nada voy a decir, acerca de los extremos contenidos en ambas partes del documento que sobre este tema ha preparado la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA. Así que no me voy a pronunciar sobre la consideración de que “puede no resultar siempre apropiado” que la ley aplicable a los préstamos internacionales sea la del Reino Unido o la de Estados Unidos;³⁶ tampoco voy a ahondar sobre la no arbitrabilidad de estos contratos. Tal como hice antes, sólo señalaré un par de cuestiones dignas de ser tenidas en cuenta con carácter general.

En primer lugar, es importante tomar en consideración que, al igual que en el tema I, el NLCIFT ha elaborado ya un texto sobre este segundo punto del temario de la próxima CIDIP. Se trata del Proyecto de Ley Modelo Interamericana sobre garantías mobiliarias, el cual ya ha sido presentado para su discusión en la Primera Conferencia Interamericana de la

35 Cf. J.S. Ziegel, “The EBRD Model Law on Secured Transactions —Some Canadian Observations—”, *FS Drobnig*, 1998, esp. pp. 209-211.

36 Ver al respecto, J.H. Dalhuisen, “International Law Aspects of Modern Financial Products”, *European Business Law Review*, 1998, pp. 281-289.

Banca, realizada en México, DF en septiembre de 1998. Básicamente, lo que este Proyecto plantea es la transformación del derecho real de prenda en un derecho personal “con objeto de liberarlo de las pesadas cargas que comporta la tradición en el manejo de derechos reales”.³⁷ Claro que una “prenda” así concebida requiere una serie de modificaciones en el concepto tradicional, que son recogidas en el Proyecto.³⁸

Seguidamente, la presencia de dicho texto no debe hacer perder de vista la común opinión de los autores acerca de la imposibilidad de alcanzar una unificación general en esta materia. Puede leerse, por ejemplo: “vistas las divergencias de reglamentación de las garantías mobiliarias arraigadas en las tradiciones jurídicas y en los usos comerciales nacionales, **toda tentativa de unificación global del derecho de garantías parece destinado al fracaso**”.³⁹ S. Sánchez Lorenzo⁴⁰ incluye una larga lista de opiniones coincidentes en el sentido expresado, y opina que la misma sólo es posible, además de indispensable, en sistemas integrados como el de la Comunidad Europea,⁴¹ o en el marco de un país federal como los Estados Unidos (precisamente, la regulación llevada a cabo por este país en la sección 9 del UCC (Uniform Commercial Code) es señalada por Kreuzer y Sánchez Lorenzo como modelo a seguir por su funcionalidad).⁴²

También los organismos de codificación se han mostrado escépticos sobre este punto. La CNUDCI, que se ha ocupado profusamente de estos temas, ha indicado expresamente que la unificación global del derecho sobre las garantías comerciales es probablemente inalcanzable, por variadas razones, centrando su labor en temas específicos, al igual que lo ha hecho el UNIDROIT. Por su parte, la Conferencia de La Haya ha directamente eliminado este tema de su agenda de trabajo.

3) Conflictos de leyes en materia de responsabilidad extracontractual, con énfasis en el tema de la jurisdicción competente y las leyes aplicables respecto de la responsabilidad civil internacional por contaminación transfronteriza.

18. Del mismo modo de lo que sucede con el tema anterior, la redacción idéntica de este tercer tema respecto del previsto en la convocatoria de la *Reunión de Expertos* no refleja cabalmente el contenido de las discusiones mantenidas.

37 L. Pereznierto Castro, ponencia presentada en el XXII Seminario de la Academia Mexicana de DIPr y Comparado, Acaapulco, octubre de 1998.

38 El Proyecto preparado por el NLCIFT consta nada menos que de 137 artículos. La SECOFI mexicana lo ha tomado como modelo para un Anteproyecto, reduciéndolo a 50.

39 K. Kreuzer, “La propriété mobilière en droit international privé”, *R. des C.*, t. 259 (1996), p. 271 (el énfasis me corresponde).

40 *Garantías reales en el comercio internacional (reserva de dominio, venta en garantía y leasing)*, Madrid, 1993, p. 261, nota 63.

41 *Ibid.*, pp. 262-264. También K. Kreuzer, en *supra*, n. 37 y en “La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères”, *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1995, pp. 465-505. Sobre los diversos perfiles que esta cuestión reviste en la CE, especialmente en virtud del alcance dado al principio de libre circulación de mercancías, resulta sumamente interesante el estudio de E.-M. Kieninger, *Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt - Zum Einfluss des Warenverkehrsfreiheit auf das nationale und internationale Sachenrecht der Mitgliedstaaten*, Baden-Baden, 1996, conccr. pp. 122-214.

42 Cf. F.K. Juenger, “Nonpossessory Security Interests in American Conflicts Law”, *AJCL*, 1978, pp. 145-166.

Teniendo en cuenta la propuesta que originó la inclusión de este tema en la agenda de la CIDIP, era previsible que el tema se centrara exclusivamente en los aspectos de DIPr de la contaminación transfronteriza. Y eso fue lo que sucedió. Hubo un marcado y obvio consenso respecto a la amplitud del tema general (la responsabilidad extracontractual), amplitud que también existiría en el tema particular (la contaminación transfronteriza)⁴³ si éste no se hubiera limitado a la posibilidad de regular la competencia de los tribunales, el derecho a aplicar por ellos y la ejecución de las sentencias y medidas cautelares que dicten. Parece evidente que el interés de los Estados miembros de la OEA en la elaboración de una convención que regule tales aspectos (y las respectivas actitudes a asumir respecto a la ratificación del texto que se pudiera adoptar), distará de ser unívoco, en especial por la presencia en este ámbito de intereses económicos tan variados como significativos.

Tal es la conclusión que puede extraerse de la *Reunión de Expertos*. En la misma pudo observarse con claridad que frente al explícito interés de Uruguay por obtener una reglamentación convencional sobre este tema⁴⁴ (apoyado, al menos formalmente, por sus socios en el MERCOSUR), los Estados de América del Norte comparten la idea de que el tema no debe ser tratado por la CIDIP, al menos en el estado actual de la cuestión.⁴⁵ Entre ambas posiciones, numerosos Estados manifestaron su preocupación por la cuestión y su disposición a trabajar para conseguir alguna regulación de la misma. La metodología aprobada en la *Reunión* se basa en el encargo hecho a Uruguay para que prepare un Informe sobre esta materia y en la conformación de un grupo de trabajo formado por representantes de los Estados que han manifestado interés en ella. Es de esperar que estas actividades se desarrollen a tiempo para que el tema de la contaminación transfronteriza pueda tratarse también en las dos reuniones de expertos previstas para 1999.

19. Aun sin entrar en cuestiones técnicas concretas (que empiezan en la mismísima definición del ámbito material a cubrir por la regulación⁴⁶) me parece importante considerar que una convención sobre esta materia, para ser útil y garantizar la reparación de los daños causados por la contaminación, debe preocuparse especialmente de los aspectos procesales (determinar claramente los criterios según los cuales los jueces tendrán jurisdicción para actuar en la materia y las condiciones en las cuales se podrán ejecutar las sentencias que ellos dicten —tal como se subraya en “Los diez puntos de Osnabruck”⁴⁷—). En cuanto a la regulación del derecho aplicable, soy de la opinión de que la evolución actual de la materia impondría no sólo la inclusión de normas de conflicto sino también de normas materiales especiales, así como una estricta regulación de la acción de las normas imperativas y de la excepción de orden público.

43 Los elementos implicados en la cuestión son muchos. Cf. Ch. Engel, “Internationaler Umweltschutz Systematik der Probleme und der Lösungen”, *FS Drobniig*, 1998, pp. 247-276.

44 D. Oportti Badán, “Comentarios”, *supra*, n. 19.

45 Se adujo, entre otras cosas, la insuficiencia de trabajos previos en la materia en el ámbito de la OEA, en contraste con el tratamiento exhaustivo llevado a cabo por otros foros.

46 Ver al respecto T. Ballarín, “Questions de droit international privé et dommages catastrophiques”, *R. des C.*, t. 220 (1990-I), pp. 330-314.

47 Publicados como anexo al documento de la Conferencia de La Haya de DIPr de 3 de abril de 1995. *Note on the Law Applicable and on Questions Arising From Conflicts of Jurisdiction in Respect of Civil Liability for Environmental Damage*.

III. COMENTARIO FINAL

20. Frente a alguna que otra opinión agorera y pese a los diversos tipos de graves dificultades que afrontan la gran mayoría de los países americanos, parece claro que la CIDIP sigue manteniéndose firme en su objetivo de elaborar normas de DIPr modernas y adecuadas a las necesidades de los Estados miembros de la OEA. Los profundos cambios que se van operando en la realidad mundial y americana no han pasado inadvertidos para los Estados de la región ni tampoco para la Organización que los congrega.

Pero si nunca fue fácil la traducción de las preocupaciones existentes en el seno de la OEA en resultados concretos, en la hora actual las dificultades parecen mayores. Desde el punto de vista material, el desafío de poner en común dos términos hasta el presente bastante divorciados en la realidad americana, unificación del DIPr e integración económica, se presenta con unos ribetes especialmente complicados a poco que se tenga en cuenta que dicha integración se está produciendo a través de esfuerzos subregionales independientes (aunque el proyecto del Área de Libre Comercio de las Américas —ALCA— sigue avanzando), con limitadas conexiones entre sí, y en un contexto de globalización económica con importantes repercusiones en el ámbito del derecho del comercio internacional. Desde una perspectiva simplemente operativa los endémicos problemas presupuestarios de la OEA conspiran contra la optimización de recursos y esfuerzos.

La tarea, entonces, aparece plagada de dificultades. Más que nunca requerirá que cada Estado aproveche al máximo los medios de que dispone para contribuir a la preparación de los mejores instrumentos posibles. En este sentido, la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado brinda una vez más el ejemplo a seguir, colocando los temas de la CIDIP VI en el centro del debate y promoviendo, de este modo, un enriquecedor intercambio de ideas y la familiarización de los académicos con la trama —a menudo ininteligible— del DIPr convencional.