

LA CONTRIBUCIÓN DE LA OEA AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*

Diego P. Fernández Arroyo**

I. CONTEXTO HISTÓRICO

1. Pionerismo americano

1. La invocación del pionerismo americano en materia de codificación internacional del DIPr puede ser muy repetida pero no por eso es menos cierta¹. Cuando se miran las normas sobre la materia contenidas en el Tratado de Lima de 1878, por ejemplo, uno se detiene poco sobre el hecho de que las mismas no hayan alcanzado trascendencia práctica ya que lo que impresiona es que normas como esas fueran elaboradas por los representantes de los países sudamericanos hace más de 125 años². Y, en el eventual supuesto de que alguien se sintiera muy condicionado por la vigencia real de las normas, sólo hay que acercarse poco más de 10 años y encontrarse con los Tratados de Montevideo de derecho internacional privado de 1889, que regulan la totalidad del DIPr y que mantienen su aplicabilidad en nada menos que seis Estados latinoamericanos, en tres de ellos con las modificaciones introducidas en 1939/1940. Si estos datos no se juzgaran suficientes en orden a reconocer el carácter pionero de América Latina en este ámbito, podría entonces recurrirse al texto más ambicioso jamás realizado sobre el DIPr a escala internacional, el Código Americano de derecho internacional privado o Código Bustamante, ratificado — bien que su aplicación efectiva diste de ser potente — nada menos que por 15 de los 20 Estados latinoamericanos.

* Este trabajo fue originalmente publicado en el volumen que recoge los cursos impartidos en el XXXII Curso de Derecho Internacional, organizado por el Comité Jurídico Interamericano en Río de Janeiro en agosto de 2005.

** Professor Doutor - Universidad Complutense de Madrid

¹ H. VALLADÃO introdujo esta terminología en "O direito internacional privado interamericano: pionerismo e atualização", *An. Jur. Interam.*, 1979, pp. 131-139.

² El Tratado consta de 70 artículos referidos a estado y capacidad de las personas, derechos reales, contratos, matrimonio, sucesiones, competencia judicial internacional (incluyendo la penal) y ejecución de sentencias extranjeras. Es verdad que hubo una notable influencia indirecta de Mancini, pero esas ideas no habían sido volcadas en un tratado multilateral. Ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, *La codificación del derecho internacional privado en América Latina*, Madrid, Eurolex, 1994, pp. 90-95, J. BASEDOW, "Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration — General Report", *Unif. L. Rev.*, 2003-1/2, p. 32. "De hecho, los primeros países en tomar el camino hacia la unificación del derecho privado y en particular del derecho internacional privado fueron algunos Estados latinoamericanos que, en 1878, concluyeron el Tratado de Lima".

En el resto del mundo debió pasar bastante tiempo para que obras a duras penas comparables tomaran cuerpo. Cuando los Tratados de Montevideo ya eran una realidad conocida³, la Conferencia de La Haya iniciaba su andadura, por aquel entonces sólo europea, con unas pocas convenciones en materia familiar y otra sobre procedimiento civil, aprobadas entre 1902 y 1905. Sólo 110 años después de la aprobación de la obra inspirada por Gonzalo Ramírez⁴, la UE (con una vinculación entre sus Estados mucho más estrecha y permanente que la que ha existido jamás entre los Estados latinoamericanos) se ha hecho con la competencia legislativa en materia de DIPr⁵. Esto le permitiría a la instancia comunitaria desarrollar un DIPr global, aunque por el momento los trabajos son muy complicados y sus resultados parciales y susceptibles de duras críticas⁶.

En realidad, ese espíritu avanzado americano era coherente con la presencia de normas de DIPr en textos legislativos y, sobre todo, con un extraordinario desarrollo del derecho internacional general, en especial a través de la obra de personalidades del calibre de Alejandro Álvarez o Carlos Calvo. No en vano se reclamaba en aquella época la existencia de un derecho internacional americano configurado por una serie de principios distintivos⁷.

2. Señas de identidad

Si el carácter pionero en cuanto a la reglamentación común del DIPr es a todas luces incontestable, cabe preguntarse por la originalidad de ese DIPr tempranamente edificado. En otras palabras, la cuestión pasa por determinar si así como se identificaron principios típicamente americanos de derecho internacional general, puede hacerse lo mismo en el marco del DIPr. Eminententes autores parecen descartar tal originalidad, pero refiriéndose especialmente al proceso moderno de codificación⁸. En realidad, determinar cuándo una norma convencional es original no es tarea sencilla; sobre todo porque en el ámbito jurídico es muy difícil inventar. Tal vez sería necesario rastrear en los orígenes de cada norma. Y lo cierto es que las convenciones interamericanas contienen, para bien o para mal, no pocas soluciones particulares, algunas de las cuales provienen de aquellos textos latinoamericanos primigenios. Si en el proceso de la CIDIP hay cosas tan singulares como una Convención

³ P.L.E. PRADIER FODÈRE, "Le Congrès de droit international sudaméricain et les traités de Montevideo", *RDILC*, t. XXI, 1889, pp. 217-237 y 561-577, E. ZEBALLOS, *Justicia internacional positiva*, Valencia, Sempere, 1911, pp. 217 ss.

⁴ Para un perfil político, diplomático y jurídico de Ramírez, ver G. AGUIRRE RAMÍREZ, "Semblanza de Gonzalo Ramírez", *Liber Amicorum en homenaje al Profesor Dr. Didier Oportti Badán*, Montevideo, FCU, 2005, pp. 45-60.

⁵ D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, "Nuevos apuntes sobre el derecho internacional privado de la Comunidad Europea", *Estudios de derecho internacional en homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*, t. II, Córdoba, Dmas/Lerner, 2002, pp. 1577-1599.

⁶ B. AUDIT, "Le droit international privé en quête d'universalité. Cours général" (2001), *Recueil des Cours*, t. 305, 2003, pp. 97-98.

⁷ A. ÁLVAREZ, *Le droit international américain*, Paris, Pédone, 1910, y *Le continent américain et la codification du droit international. Une nouvelle école du droit de gens*, Paris, Les éditions internationales, 1938; J.A. BARBERIS, "Les règles spécifiques du droit international en Amérique latine", *Recueil des Cours*, t. 235 (1992-IV), pp. 81-230.

⁸ B. AUDIT (nota 6), pp. 99-100. Otros, directamente, descartan la originalidad de todo el derecho que se ha perfeccionado en América Latina. Ver, en este sentido, R. DAVID, "L'originalité des droits de l'Amérique latine", *Le droit comparé. Droits d'hier, droits de demain*, Paris, Economica, 1982, pp. 161-173. Cf. D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, "Sobre la existencia de una familia jurídica latinoamericana", *Jurisprudencia Argentina*, 1995-II, pp. 913-930.

sobre normas generales de DIPr (CIDIP II), o algunas soluciones de la Convención sobre alimentos (CIDIP IV) o de la Convención sobre contratos internacionales (CIDIP V), los Tratados de Montevideo y el Código Bustamante están plagados de ellas. Que Gonzalo Ramírez se haya inspirado mayormente en Savigny⁹ no cambia esta apreciación general, ya que aquí no hablamos de doctrina (aunque no esta de más considerar que Ramírez prefirió las ideas de Savigny a las de Mancini, que también conocía) sino del hecho de plasmar esas ideas en tratados internacionales. En cualquier caso, el nivel de detalle de las normas de los 8 Tratados de Montevideo superan (o desarrollan, que tal vez sea más apropiado) el planteamiento del maestro de Berlín. Que Mancini pueda advertirse en el texto de Bustamante merece la misma consideración.

Pero, más allá de las soluciones concretas de ambas codificaciones, lo interesante de apreciar es hasta qué punto éstas caracterizan de alguna manera el DIPr latinoamericano. Y es indudable que los Tratados de Montevideo y el Código Bustamante han marcado toda la evolución del DIPr regional, no sólo en lo que se refiere a las realizaciones internacionales, que han abrevado en esas fuentes, sino también a escala estatal¹⁰. No es exagerado decir que las más claras señas de identidad del DIPr latinoamericano son precisamente el componente internacional de los sistemas estatales y la tendencia a la codificación internacional. En relación con la primera, es preciso recordar que, además de los supuestos de aplicación directa de las normas convencionales de DIPr, los tribunales nacionales suelen reconocer el carácter de “doctrina más recibida” a textos como los mencionados¹¹. Respecto de la segunda, no hay mucho que agregar a la evidencia de Montevideo, Bustamante y la CIDIP, complementada, a escala subregional, por textos de DIPr como los variados que se han adoptado en el seno del MERCOSUR.

Resulta muy interesante, a la vez que aleccionador desde un punto de vista histórico, tratar de discernir la razón de ser de la tendencia que acabo de apuntar. ¿Por qué los Estados de América Latina han pasado prácticamente toda su existencia como tales intentando construir un DIPr común? La razón esencial tiene su origen en la independencia alcanzada por casi todos estos Estados en la primera mitad del Siglo XIX. Cuando la “unidad” colonial hispana se dividió en poderes nacionales (como se sabe, no fue el caso de la colonia portuguesa), uno de los elementos claves de las nuevas identidades —que era a la vez relativamente fácil de establecer y uno de los pocos donde podían plantearse diferencias respecto del orden anterior

⁹ G. AGUIRRE RAMÍREZ (nota 4), pp. 54-60. Sin embargo, R.B. SANTOS BALANDRO, “Viejas y nuevas estrategias codificadoras del derecho internacional privado interamericano”, *Rev. Fac. Der. Univ. República del Uruguay*, núm. 21, 2002, p. 174, no hace referencia a esta influencia cuando señala: “según Gonzalo Ramírez, todo estaba en descubrir para cada categoría de derecho privado, cuál era el ordenamiento jurídico estatal más afectado... de esta manera se podría plantear una regla única, de vigencia universal, elaborada científicamente...”.

¹⁰ Según R.B. SANTOS BALANDRO (nota anterior), p. 173, refiriéndose a Uruguay, “los Tratados de Montevideo de 1889 fueron uno de los pilares fundamentales, básicos en las construcciones de nuestro país como nación”.

¹¹ T.B. DE MÆRKELT, “La codificación interamericana en materia de derecho internacional privado en el contexto universal y regional”, *Libro homenaje a Haroldo Valdado*, CAZACAS, UCV, 1997, p. 178.

y del de los demás Estados- fue la elaboración de tantos ordenamientos jurídicos como nuevos países. En la medida en que cada país se fue dando una Constitución y un sistema de derecho privado, al tiempo que se sepultaba el orden jurídico impuesto por la metrópoli, se selló a fuego la balcanización jurídica. Desde el mismo origen de esta situación, las mentes más lúcidas abogaron por el desarrollo común del derecho internacional¹² y, habida cuenta del carácter “identitario” (y, por lo tanto, irreductible) del derecho privado de cada Estado, la unificación del DIPr se planteó desde siempre en América latina como una necesidad y, al mismo tiempo, como un mecanismo práctico. No por casualidad, más de un siglo de unificación jurídica del DIPr no ha podido acompañarse con avances semejantes en la integración económica y política, integración que sólo en los últimos años ha cobrado nuevos bríos – no exentos de altibajos y contradicciones – en un marco internacional que la exige a gritos.

II. UN DIPR PARA TODO EL SISTEMA INTERAMERICANO

1. La superación del esquema bipolar

La idea de esquema bipolar se refiere, obviamente, a la división de los países latinoamericanos entre “los de Bustamante” y “los de Montevideo”. La falta de comparabilidad en cuanto al número de Estados participantes a favor de los primeros, tiene un contrapunto de aplicación efectiva de sus normas favorable a los segundos. En otro orden de cosas, cabe destacar que mientras México no participa de ninguno de los textos, Bolivia y Perú están presentes en ambos cuadros de ratificaciones. Pero ninguno de esos datos alcanza la trascendencia que tiene el hecho del carácter irreconciliable de sendos textos, no tanto por el contenido – que también – como por cuestiones de política legislativa y de política internacional. De hecho, cuando durante bastantes años se intentó en el seno de la OEA el “acercamiento” entre ambos grupos, la tarea se reveló infructuosa¹³.

Para pasar de ese estadio lo que hubo que hacer fue dejar ambos bloques como estaban, olvidarse de la improbable síntesis entre los Tratados de Montevideo y el Código Bustamante, y pensar en una opción diferente que pudiera brindar los elementos necesarios para la modernización del DIPr de la región sin que nadie tuviera que renunciar a los queridos textos “globales” de DIPr. Y así fue como apareció en el continente americano, entrado el último tercio del siglo pasado, la idea de la codificación paulatina de aquellas materias que se identificaran como necesitadas de una reglamentación específica que pudiera ofrecerse a todos los países de la región. Pero claro que esta tarea ya no se limitaba a América Latina sino que, al utilizarse como nuevo foro codificador la OEA, quedaba abierta a los Estados no latinoamericanos de América. Este es un cambio de enorme significación, cuya importancia, de mantenerse el proceso de codificación en esta sede, habrá de hacerse cada vez más trascendente.

¹² Empezando por Simón Bolívar. Ver D.F. FERNÁNDEZ ARROYO (nota 2), pp. 81-85.

¹³ *Ibid.*, pp. 166-169.

2. Realidad y límites del interamericanismo

Que el foro codificador americano haya pasado a ser la OEA sitúa la cuestión de la reglamentación americana del DIPr en un ámbito interamericano, el conformado por los miembros de todas “las Américas”. Con este término pretende hacerse alusión, además de a América Latina, a los países del Caribe por un lado y a los dos Estados desarrollados del norte por otro (o acaso para algunos la idea sea más geográfica que política y se refiera de las Américas del sur, central, del norte y del Caribe). Cuando se puso en marcha la obra de la CIDIP, en 1975, la única diferencia real respecto de la situación estrictamente latinoamericana anterior era la introducción al tema de los Estados Unidos, ya que los demás países o no eran miembros o no participaban activamente de esta instancia.

Pero desde su inicio, queda claro que la CIDIP no es un foro latinoamericano aunque sean los sistemas de DIPr de los países de América Latina los que más se hayan enriquecido con sus soluciones y los que más se inclinan por la utilidad y continuidad de su trabajo. Es verdad que la CIDIP fue durante sus cuatro primeras ediciones, por iniciativa, por protagonismo y por resultados, eminentemente latinoamericana. Canadá no devino Estado miembro de la OEA hasta 1990, Estados Unidos sólo se había preocupado un poco por la Convención de arbitraje de 1975 y un bastante por el Protocolo adicional de 1979 a la Convención sobre exhortos de 1975 (únicos textos ratificados por este país)¹⁴, y el resto de países no latinoamericanos no parecían especialmente atraídos por una agenda demasiado “romanista” (en el sentido de *civil law*). Las cosas comenzarían a ser diferentes a partir de la CIDIP V o, con más precisión, de los trabajos preparatorios de esa edición de la Conferencia, cuando irrumpió en la escena de la codificación interamericana el National Law Center for the Inter-American Free Trade (NLCIFT) de Tucson, y empezó a notarse un abierto interés de la delegación norteamericana. Estos dos elementos se transformaron en un notable protagonismo en todo el proceso que condujo a la CIDIP VI (2002), a punto tal que los dos textos aprobados en ésta provienen de iniciativas pergeñadas en el seno del NLCIFT y hechas suyas por la representación de Estados Unidos. Bien es verdad que el tema estrella de la CIDIP VI –el de las garantías mobiliarias– recibió después las significativas aportaciones de sus socios *naftños*, con México apuntalando los trabajos previos y Canadá aportando una delegación de gran nivel técnico a la Conferencia. Pero no sólo Estados Unidos y, en menor medida, Canadá¹⁵ se han hecho presentes en la CIDIP. También Belice ha roto la apatía de los

¹⁴ Ver D. OPERTTI BADÁN, “Palabras introductorias”, en D.P. Fernández Arroyo / F. Mastrángelo (orgs.), *El futuro de la codificación del derecho internacional privado en América. De la CIDIP VI a la CIDIP VII*, Córdoba, Alveroni, 2005, p. 13. Un interesante tratamiento de la visión norteamericana de los temas de la CIDIP puede consultarse en B.M. CARL, “El derecho internacional privado en los Estados Unidos y la creación de un puente entre los diversos sistemas jurídicos de las Américas”, en *Libro homenaje a Werner Goldschmidt*, Caracas, UCV, 1997, pp. 27-60.

¹⁵ La activa participación de la delegación canadiense en las últimas ediciones de la CIDIP es un dato especialmente destacable, sobre todo cuando se tiene en cuenta que la opinión de Canadá es la de privilegiar los foros de alcance universal. Esta idea se ve en la respuesta de Canadá a la convocatoria realizada por la OEA a proponer temas para la CIDIP VII (www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_home_propuestas_canada.htm).

Estados no latinoamericanos incorporándose a todas las convenciones relativas a menores¹⁶, en tanto que Antigua y Barbuda se ha incorporado a la de restitución de menores.

La participación activa de los dos países desarrollados del norte es de gran importancia, incluso aunque esos Estados no se incorporen a los textos de la CIDIP, se mire por dónde se mire. Eso demuestra que dichos Estados se han dado cuenta que lo que se hace en la CIDIP de una u otra manera termina impactando en los ordenamientos de la región y que, en consecuencia, les interesa influir en las soluciones adoptadas. La Convención sobre derecho aplicable a los contratos internacionales de 1994 (Convención de México) es un ejemplo contundente en este sentido: la delegación norteamericana fue la que más influyó en sus soluciones fundamentales pero el Gobierno de este país nunca se mostró de verdad interesado en su ratificación. Puede decirse que tal influencia no sirvió de mucho si se repara en el exiguo cuadro de ratificaciones, con sólo dos Estados partes. Pero para decir eso sería necesario obviar que en todos los países donde se plantea, aunque tan sólo sea cómo hipótesis, la reforma del sistema estatal de DIPr, la inmensa mayoría de las propuestas giran en torno a esas soluciones esenciales de la Convención de México.

La Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias de 2002 permite ver otro perfil de la cuestión. En este caso, la iniciativa norteamericana antes referida puede caracterizarse como la de la elaboración de un texto de exportación del sistema de garantías vigente en Estados Unidos y en Canadá, y en complicado proceso de incorporación en México (con todos los matices recibidos en su proceso de elaboración). Es obvio que los dos primeros no van a incorporar en sus ordenamientos el texto de una Ley Modelo que, con más coherencia, mayor acomodo a su idiosincrasia y una práctica consolidada a través de los años ya opera desde hace tiempo. Es decir que el foro interamericano se emplea en este caso como foro de transferencia de un concreto modelo jurídico "norteamericano" hacia el resto de América¹⁷. Esta función ha aparecido después de una larga etapa de la utilización de la CIDIP en gran medida como foro de codificación eminentemente latinoamericano. Resta por ver hasta dónde puede dar de sí la novedosa función de la CIDIP y si es posible que la misma conviva con la función tradicional, sin perder de vista las posibilidades que le asisten como foro auténticamente interamericano; es decir, donde se representen de un modo equilibrado todos los intereses presentes en la región y se elaboren productos jurídicos que puedan aprovechar a todos los Estados miembros.

¹⁶ Belice ha ratificado las Convenciones interamericanas sobre adopción (CIDIP III), restitución de menores y alimentos (CIDIP IV) y tráfico internacional de menores (CIDIP V).

¹⁷ D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, "Globalización y derecho: el caso de las garantías mobiliarias", en A.-L. Calvo Caravaca y P. Blanco-Morales Limones (coords.), *Globalización y Derecho*, Madrid, Colex, 2003, pp. 290 y 308-310.

III. LA TRASCENDENCIA DE LA OBRA DE LA CIDIP

1. Convenciones interamericanas y otros textos de DIPr

Las seis Conferencias Especializadas de DIPr celebradas en estos 30 años han dejado un poso de 23 textos convencionales (21 convenciones y 2 protocolos adicionales), 1 ley modelo y un documento uniforme. 22 de los 23 textos convencionales están en vigor. Después de un lapso de cierto desinterés, en el cual el cuadro de incorporaciones se mantuvo bastante estático, en los últimos años el mismo no ha parado de moverse. En efecto, es interesante constatar que aunque las últimas dos convenciones de la CIDIP se aprobaron en 1994 (CIDIP V), la incorporación de los Estados americanos a los textos provenientes de todas las ediciones de la CIDIP ha experimentado un sensible incremento a partir de 1995. 57 instrumentos de ratificación depositados en este período¹⁸ muestran a las claras que, para los Estados miembros de la OEA —en especial para los latinoamericanos—, las convenciones interamericanas siguen siendo una referencia válida.

La CIDIP VI ha introducido en el proceso de codificación interamericano la utilización de mecanismos de reglamentación de menor potencial unificador que las convenciones. Es lo que hemos caracterizado como el “ablandamiento” de las técnicas de reglamentación que, junto a la “comercialización” de la agenda y la “privatización” del proceso de elaboración normativa, parece manifestar un cambio de paradigma en la codificación internacional americana¹⁹. Dicho ablandamiento plantea la codificación en otros términos y abre más opciones a la hora de enfrentarse a la reglamentación de cada cuestión. No debe descartarse, en este sentido, que la reglamentación de diferentes aspectos de un mismo tema se encare con diferentes metodologías, dentro del mismo texto o en instrumentos separados, con una

¹⁸ Los últimos: de 2/10/03, el de la ratificación (producida el 15/7/03) de Nicaragua de la Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional, aprobada en Panamá en 1975 (con este depósito, dicha Convención pasa a contar nada menos que con 18 Estados partes, todos los latinoamericanos continentales y Estados Unidos), de 4/12/03, el de la ratificación (producida el 31/10/03) de Bolivia de la Convención interamericana sobre aspectos civiles del tráfico de menores de 1994; de 20/4/04, el de la ratificación (producida el 5/4/04) de Perú de esta última Convención, a la que se ha adherido Nicaragua el 7/10/05 (depósito de 18/11/05), alcanzando la misma el número de 12 Estados partes, uno más que la Convención sobre alimentos de 1989 y uno menos que la Convención sobre restitución de menores de este mismo año; de 2/3/05, el de la ratificación (producida el 25/1/05) de Perú y de 31/5/05 de la ratificación (producida el 24/5/05) de Antigua y Barbuda, ambas de esta última Convención; y de 24/11/04, el de la ratificación (producida el 29/10/04) de Uruguay de la Convención sobre competencia indirecta de 1984 (que permite la entrada en vigor de esta Convención veinte años después de su aprobación). Ver www.oas.org/juridico/spanish/firmas/

¹⁹ Acerca de estas tres tendencias, ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO / J. KLEINHEISTERKAMP, “The Sixth Inter-American Conference of Private International Law. A New Step in the Inter-American Legal Integration”, *Yearbook of Private International Law*, vol. IV, 2002, pp. 237-255; D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “La CIDIP VI: ¿cambio de paradigma en la codificación interamericana de derecho internacional privado?”, *XXXIX Curso de derecho internacional del CJI -2002-* (también en *Derecho internacional privado interamericano. Evolución y perspectivas*, 2ª ed., México, UAS / Miguel Porrúa, 2003, pp. 103-111). Ver el reflejo de estas ideas en D. TREJOS VARGAS, “As CIDIPs em seu novo papel: um foro eclético de harmonização de direito conflitual e material”, *XXXI Curso de direito internacional del CJI -2004-*, pp. 404; E. HERNÁNDEZ-BRETÓN, “Verdades, mitos y realidades del derecho internacional privado latinoamericano actual”, *AEDIP*, t. IV, 2004, p. 87; C.M. VÁZQUEZ, “Regionalism versus Globalism: A View from the Americas”, *Unif. L. Rev.*, 2003-1/2, pp. 68-70.

flexibilidad propia de la época jurídica en que vivimos²⁰. Así lo ha hecho ya la UNCITRAL en su Convención sobre cesión de créditos en el comercio internacional de 2001 y así se ha planteado en relación con el tratamiento de la protección de los consumidores en el comercio electrónico en la CIDIP VII.

2. Modernización de los sistemas nacionales

No me canso de repetirlo: la trascendencia de la CIDIP debe medirse más por la consideración de las convenciones interamericanas como portadoras de las pautas generales de un DIPr moderno que por el grado de aplicabilidad concreta de aquellas. El dato de la revitalización de las ratificaciones de las convenciones interamericanas muestra que las soluciones siguen incorporándose a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la OEA. Pero esta no es la única vía de llegada. Antes al contrario, es imperativo volver a poner de manifiesto que la práctica totalidad de las reformas o proyectos de reforma (sectoriales o globales) de los sistemas de DIPr latinoamericanos que han tenido lugar en los últimos veinte años beben, de una u otra forma, en la fuente interamericana²¹. Y lo mismo cabe decir de varios de los textos aprobados en el proceso de integración mercosureño. Lo singular es que la recepción “indirecta” de las soluciones de la CIDIP en la normativa estatal adquiere más relevancia práctica que la incorporación “directa” de las convenciones en aquellos países en los cuales el derecho internacional no goza de una jerarquía superior o de una consideración prioritaria en relación con las normas autónomas, además, como es obvio, de extender con carácter general el ámbito de aplicación espacial de las mencionadas soluciones.

Pero señalada la influencia y la recepción a nivel estatal de las soluciones de la CIDIP, debe ponerse de relieve, además, que cuando se habla de efecto “modernizador” se hace en sentido propio, a tenor del contenido concreto de varias de dichas soluciones²². Con un sentido más amplio, también cabe destacar la nota de “internacionalización” que se observa en la jerarquía suprallegal que los diferentes ordenamientos les van reconociendo a las convenciones internacionales. Por esa vía, también llegan las normas más modernas pergeñadas en los foros internacionales²³. Para que esa internacionalización — que no afecta exclusivamente a las convenciones interamericanas— se produjera, un factor sin dudas influyente ha sido la pedagogía del art. 1 de la Convención de normas generales de la CIDIP II: “La determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con derecho extranjero, se

²⁰ Ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (nota 17), pp. 303-304; D. TREJOS VARGAS (nota anterior), pp. 403-404.

²¹ Esta idea ya aparece en R. HERBERT, *Del Congreso de Lima a la CIDIP III. El derecho internacional privado en América Latina (1878-1984)*, Saarbrücken, EI, 1984, p. 18; J. SAMTLEBEN, “Los resultados de la labor codificada de la CIDIP desde la perspectiva europea”, *España y la codificación internacional del derecho internacional privado*, Madrid, Eurolex, 1993, p. 302. Ver también TB DE MAEKELT, “La codificación interamericana desde la perspectiva de la codificación estatal del derecho internacional privado”, en D.P. Fernández Arroyo / F. Mastrángelo (orgs.) (nota 14), pp. 27-51 (haciendo hincapié en las particularidades del caso venezolano).

²² Ver, por ejemplo, R. HERBERT / C. FRESNEDO DE AGUIRRE, “Flexibilización teleológica del derecho internacional privado latinoamericano”, en *Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Max-Planck-Institut / FCU, 2002, pp. 55-76.

²³ G. PARRA-ARANGUREN, “La aplicación del derecho internacional privado en el derecho interno a través de tratados internacionales, en particular en los foros de La Haya y de la Organización de los Estados Americanos”, *XXIV Curso de Derecho Internacional del CJI -1997-*, pp. 1-31.

sujetar a los establecido en esta Convención y demás convenciones internacionales suscritas o que suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados partes. En defecto de norma internacional, los Estados partes aplicarán las reglas de conflicto de su derecho interno”. Este principio se ha ido colando en los ordenamientos de la región, afectando no sólo las cuestiones de derecho aplicable, sino otros ámbitos del DIPr²⁴ e, incluso, la totalidad del ordenamiento²⁵.

3. Trascendencia fuera de América

Los Estados latinoamericanos tienen una participación —podríamos decir— relativa en los foros codificadores del DIPr de alcance o vocación universal. Ni siquiera en el más abierto de todos, el de las Naciones Unidas (al fin de cuentas, todos son miembros de esta organización), que en nuestra materia tiene a la UNCITRAL (de la cual todos los países son periódicamente miembros y, cuando no lo son, pueden asistir en calidad de observadores), la representación ha sido satisfactoria. Básicamente, no todos los Estados de América Latina participan de esos foros o porque no son miembros o porque no siempre pueden costear los gastos que insume la presencia de un representante en las numerosas reuniones que se producen a lo largo del año en cada uno de ellos. Con lo cual un escenario nada infrecuente es el de un Estado que no puede mandar a nadie por no ser miembro de la organización en cuestión o por falta de medios, o que a lo sumo envía un diplomático que desempeña sus actividades en el lugar de la sede o de la reunión del organismo de codificación que, pese a sus esfuerzos e interés, en general no está para nada familiarizado con los temas muy especializados de DIPr que allí se discuten. El primero de los problemas desaparece en el marco interamericano, ya que todos los Estados miembros de la OEA (con la conocida excepción de Cuba) son “miembros” natos de la CIDIP. Esa membresía le da a cada uno de los Estados, en un régimen de igualdad, con voz y voto, derecho a participar de la propuesta de temas, de los trabajos preparatorios y de la elaboración concreta de los textos jurídicos en las conferencias diplomáticas. Las dificultades o la falta de interés para ejercer ese derecho son otro cantar. De un modo u otro los Estados latinoamericanos parece que siguen considerando a la CIDIP como un ámbito natural para la elaboración de un DIPr de alcance regional, entendiendo a la codificación regional como coadyuvante con la codificación que se realiza a escala mundial. En palabras de Didier Operti Badán: “también el regionalismo tiene un lugar en la globalización si ésta incluye y no excluye”²⁶.

²⁴ Ver, por ejemplo, el art. 524 del Código General del Proceso de Uruguay.

²⁵ Ver, por ejemplo, arts. 137.I de la Constitución paraguaya y 75.22.I de la Constitución argentina.

²⁶ D. OPERTI BADÁN (nota 14), p. 19. Ver, en el mismo libro, pp. 21-23, el contenido al respecto de la “Declaración de Córdoba”, emitida por profesores sudamericanos de DIPr el 18 de diciembre de 2003: “declaramos ... que América, continente pionero de los esfuerzos internacionales para armonizar y unificar el derecho internacional privado, tiene el deber histórico de mantener esa tradición, manteniendo un constructivo diálogo con los demás foros codificadores del mundo”.

La dimensión externa de la codificación americana del DIPr admite otra perspectiva de análisis, la vinculada con la toma en consideración de la obra de la CIDIP fuera de sus fronteras. Por un lado, está la presencia de los textos interamericanos en las tareas de codificación llevados a cabo en otros foros internacionales. Sólo por contar lo que está sucediendo ahora, cabe destacar que el Grupo de Trabajo VI de UNCITRAL, que está ultimando una Guía Legislativa sobre garantías mobiliarias, tiene sobre su mesa la Ley Modelo interamericana que adoptó sobre esta materia la CIDIP VI²⁷. Algo similar puede decirse de los trabajos que en materia de alimentos se llevan a cabo actualmente en la Conferencia de La Haya, donde la Convención interamericana aprobada en la CIDIP IV es materia principal de trabajo²⁸. Por otro lado, aparece el interés de la doctrina no americana. Así, recientemente, un autor francés propuso tomar en cuenta la Convención de México sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V) nada menos que en el sacrosanto marco comunitario europeo, donde – según dicho autor – las soluciones fundamentales de dicha Convención deberían incorporarse al texto comunitario que habría de reemplazar a la Convención de Roma de 1980²⁹, aunque el debate para ello se está desarrollando con muchas dificultades. Ya hace bastante tiempo lo mismo proponía FK. Juenger en un conocido artículo publicado en el *AJCL*³⁰. En España, un autor muy vinculado con América Latina ha propuesto reiteradamente que ese país adhiriera a las Convenciones sobre restitución de menores (CIDIP IV) y sobre tráfico de menores (CIDIP V)³¹, como antes lo hizo con las relativas a exhortos (CIDIP I) y a prueba e información del derecho extranjero (CIDIP II).

IV. LOS DESAFÍOS ACTUALES

1. Auge del libre comercio vs. integración subregional

La CIDIP VI significó un punto de inflexión en la evolución de las Conferencias y, por ende, en la concepción mantenida hasta entonces en la etapa de codificación americana del DIPr iniciada en Panamá en 1975. En más de una oportunidad, durante el interregno entre las CIDIP V y VI, incluso una vez realizada la primera reunión de expertos preparatoria de esta última (diciembre de 1998), se llegó a plantear seriamente si la CIDIP no se habría agotado, si no habría cumplido su ciclo de vida útil. En el surgimiento de estas dudas influyeron de manera decisiva las repetidas postergaciones de la convocatoria de la Conferencia, por un lado, y el notorio desinterés (y chocante desidia) de muchos de los Gobiernos

²⁷ http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/6Security_Interests.html

Cf. H.L. BULBRING, "Unification of the Law Governing Secured Transactions: Progress and Prospects of Reform", *Unif. L. Rev.*, 2003-1/2, pp. 333-334.

²⁸ W. DUNCAN, "Jurisdiction to Make and Modify Maintenance Decisions – The Quest for Uniformity", *Interzontinental Cooperation Through Private International Law. Essays in Memory of Peter E. Nygh*, The Hague, TMC Asser, 2004, p. 93.

²⁹ J.-P. BERAUDO, "Faut-il avoir peur du contrat sans loi?", *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 106-110.

³⁰ FK. JUENGER, "The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons", *AJCL*, 42, 1994, pp. 381 ss.

³¹ P.P. MIRALLES SANGRO, "Balance de la actuación que desarrolla la CIDIP en materia de protección internacional de menores: regionalismo versus universalismo", *Liber Amicorum Operthi Badán* (nota 4), pp. 408-409.

latinoamericanos en el tratamiento de los temas propuestos. Muestra palpable de esto es que cuando ya parecía que existía un período “natural” de cinco años entre Conferencia y Conferencia, el tiempo entre las dos últimas se alargó de un modo irritante. Más allá de las razones mencionadas, lo que interesa poner de relieve es que por debajo de esta incierta situación se estaba gestando una modificación de las coordenadas en las que se mueve el moderno proceso codificador interamericano.

En efecto, la manifestación de las tendencias hacia la “comercialización” de la agenda, el “ablandamiento” de las técnicas de reglamentación y la “privatización” del proceso de elaboración normativa³², constituye el resultado visible de cuestiones más profundas y, por lo tanto, menos perceptibles. A mi entender son varias las cuestiones que han vibrado en las profundidades del suelo de la CIDIP. Entre ellas cabe destacar muy especialmente el ya mencionado interés y el consiguiente protagonismo de Estados Unidos, a punto tal que casi podría decirse que este país ha “descubierto” la potencialidad de la CIDIP como foro hemisférico de codificación del derecho. Es conocido que por razones jurídicas (vinculadas, sobre todo, con las características del sistema federal) y políticas, los norteamericanos no han sentido tradicionalmente una gran atracción por los trabajos de armonización o unificación del derecho en general. Pero esa actitud se ha ido modificando con el tiempo y la calidad y el protagonismo que han cobrado las delegaciones de Estados Unidos en los diferentes foros encargados de la codificación internacional del DIPr y del DComI así lo atestiguan. Les ha tomado cierto tiempo, pero los norteamericanos han terminado por caer en la cuenta de que aún en los casos en que no tienen voluntad de incorporarse a los textos internacionales sí les interesa influir en el tenor material de las soluciones incluidas en éstos. Es una actitud coherente con su carácter de primera potencia mundial y con la realidad de unas transacciones internacionales afectadas decisivamente por los fenómenos vinculados con la globalización. Si esto ha sido así en los foros universales, incluyendo el tan “europeo” de La Haya, cómo no iba a ocurrir en el seno de una organización como la OEA, en la cual Estados Unidos ocupa un lugar de tanta significación política (eso sí, sin derecho a veto — al menos formal —).

Se da la circunstancia de que el mismo país lanzó en 1994 una ofensiva de gran calado con el objeto de configurar una enorme zona de libre comercio entre todos los Estados que participan del sistema interamericano (con una estructura “única” — la del ALCA³³ — o mediante un entramado de diferentes tratados superpuestos), a cuya eventual relevancia para el desarrollo futuro de la CIDIP me referiré en el epígrafe siguiente. Por ahora me importa llamar la atención acerca del resultado de la confluencia de este dato con el mencionado en el párrafo anterior, que se traduce en lo que hemos caracterizado como la “comercialización” del proceso

³² Ver nota 19.

³³ Siglas del Área de Libre Comercio de las Américas. Para conocer los distintos aspectos implicados en este ambicioso y controvertido proyecto (de incierto futuro), ver los trabajos reunidos en A. OROPEZA GARCÍA (coord.), *ALCA — un debate sobre la integración*, México, UNAM/CARI, 2003. Ver también R. BOUZAS, “New Regionalism” and the Free Trade Area of the Americas: A Less Benevolent View”, en R. Patiño Manferrer (coord.), *Seminario Internacional Los retos de la integración en el continente americano*, México (DF), UNAM, 2005, pp. 95-109.

codificador interamericano. Se alude con esta terminología al desplazamiento del eje material y metodológico de la CIDIP: material, hacia los aspectos claramente enraizados en el derecho del comercio internacional; metodológico, hacia textos con eminente contenido material en lugar del enfoque anterior, predominantemente “conflictual”. Probablemente las otras características del cambio del paradigma codificador, es decir, la “privatización” y el “ablandamiento”, también tengan algún grado de parentesco con la iniciativa en pro del libre comercio interamericano. En particular la última, que renuncia a la búsqueda de la uniformidad que brindan las convenciones en aras de una armonización de los principios y las reglas esenciales, la cual, al parecer y al menos en este ámbito, se sigue juzgando imprescindible para el funcionamiento eficiente del mercado³⁴.

El llamado hemisferio americano ocupa más de 40 millones de km², está habitado por más de 833 millones de personas y tiene un PBI de casi 13 billones de dólares (10 y medio aportados por Estados Unidos). Sus 35 países, todos Estados miembros de la OEA, están vinculados entre sí por numerosos tratados comerciales de diversa índole. De entrada, una simple observación permite contemplar la “subregionalización” del espacio comercial americano. En efecto, este fenómeno, que adopta su estructura actual en el inicio de la última década del siglo XX, nos muestra, de sur a norte cinco bloques estables de países vinculados entre sí por acuerdos de integración o de libre comercio: MERCOSUR³⁵, CAN³⁶, SICA³⁷, CARICOM³⁸ y TLCAN³⁹. Pero, como sucede a menudo con las impresiones y sensaciones que se tienen a primera vista, esa estructura subregional es bastante engañosa, y además las diferencias entre las características de cada uno de esos bloques son más aparentes que reales.

Varias son las razones que permiten afirmar lo anterior. En primer lugar, debe prestarse especial atención a la pertenencia de todos los países americanos (incluyendo a Cuba y descontando a Bahamas) a la OMC, ya que el advenimiento de ésta ha convertido a gran parte del mundo (por lo pronto, al mundo al cual pertenecen todos los Estados que son miembros de la Organización) en una enorme zona de libre comercio. El dato tiene una singular trascendencia, sobre todo por el hecho de que el ámbito material de los acuerdos de la OMC se va extendiendo progresivamente (de las mercancías a los servicios y de allí a la propiedad intelectual), así como profundizando en cada uno de sus capítulos. Esto marca un umbral

³⁴ Lo que parece contraponerse a la renovada fe en el carácter saludable de la competencia entre ordenamientos jurídicos, que terminan provocando la primacía de los ordenamientos más “desreguladores”. Ver, al respecto, H. MUIR WATT, *Choice of Law in Integrated and Interconnected Markets: a Matter of Political Economy*, Maastricht, Metro, 2003, pp. 10 ss.

³⁵ Mercado Común del Sur, formado desde su origen, en 1991, por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, con diversos tipos de vinculaciones con los demás países latinoamericanos de América del Sur y con la incorporación formal como miembro pleno de Venezuela en diciembre de 2005.

³⁶ Comunidad Andina de Naciones, cuyos miembros son Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

³⁷ Sistema de la Integración Centroamericana, compuesto por Belice, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá.

³⁸ Caribbean Community, formada por Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Grenada, Guyana, Haití, Jamaica, Monserrat, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, y Trinidad y Tobago.

³⁹ Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en vigor entre Canadá, Estados Unidos y México.

muy exigente para la justificación de cualquier proceso de integración comercial regional que se precie⁴⁰, a la vez que interfiere en éstos de diversas formas⁴¹. Al lado de eso, un dato todavía relevante es la existencia de la ALADI que, pese a su predicada inacción, establece unas exigencias concretas para sus Estados miembros, que son todos los latinoamericanos de América del Sur, más Cuba y México. Otro elemento importante a tener en cuenta es que algunos Estados quedan descolgados del esquema de subregionalización⁴² mientras otros se vinculan a más de uno⁴³. La importancia que puede alcanzar la Comunidad Sudamericana de Naciones (CASA), constituida en Cuzco el 8 de diciembre de 2004, está todavía por verse⁴⁴. Por último, el auge de las tendencias hacia el libre comercio se deja ver también en la vigencia de numerosos y variados tratados que regulan diferentes aspectos del comercio internacional entre Estados de la región o entre alguno de éstos y países no americanos⁴⁵.

Es en este enmarañado contexto donde debe ubicarse la iniciativa norteamericana (apoyada abiertamente, entre otros, por sus socios del TLCAN), de constituir una (única) zona de libre comercio, de amplio espectro material y espacial. En términos generales debe decirse que la propuesta no plantea un panorama enteramente nuevo desde que resulta evidente que, por un lado, ya existe un grado notable de liberalización general y, por otro lado, el modelo inspirador del ALCA ya está en vigor entre los tres países de América del Norte y Chile, y está contemplado tanto en el Tratado entre Estados Unidos y los países centroamericanos firmado el 5 de agosto de 2004⁴⁶, como en el que Estados Unidos pretende cerrar con Colombia, Ecuador y Perú. Todo esto implica que, al menos en cierta medida, se puede afirmar que ya existe un ALCA de hecho, limitado más geográfica que materialmente. El punto álgido está sin dudas en cierta resistencia exteriorizada por algunos gobiernos

⁴⁰ Ver art. XXIV del GATT de 1994 y el Entendimiento relativo a la interpretación del mismo (http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/10-24.doc).

⁴¹ La confusión entre los sistemas de solución de controversias es una de esas interferencias. Ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO / A. DREYZIN DE KLOR, "O Brasil frente à institucionalização e ao direito do MERCOSUL", en *O Direito Internacional e o Direito Brasileiro. Homenagem a José Francisco Rezaké*, Ijuí, Unijui, 2004, pp. 350-352.

⁴² Cuba pertenece a la ALADI pero a ningún bloque subregional; Chile está asociado al MERCOSUR pero no es miembro pleno del mismo; con la República Dominicana sucede lo mismo pero en relación con el SICA.

⁴³ Belice forma parte del CARICOM y del SICA; los países de la CAN están "asociados" al MERCOSUR (ver T.A. O'KEEFE, "The Andean Community-MERCOSUR Free Trade Agreement", *DeCITA*, núm. 5, 2006, en prensa) y Venezuela —como ya indiqué— está en proceso de incorporación plena.

⁴⁴ El tiempo permitirá tener la justa medida de esta empresa subcontinental, de la que participan los doce Estados sudamericanos, es decir, los cuatro del MERCOSUR, los cinco de la CAN, Chile, Guyana y Surinam. Ver A. DREYZIN DE KLOR, "La creación de la unión sudamericana de naciones: ¿un nuevo bloque de integración?", *DeCITA*, núm. 3, 2005, pp. 634-639.

⁴⁵ El entramado es realmente impresionante y su manejo de gran complejidad. Al lado de los tratados de libre comercio de diferente alcance, existe una variada gama de acuerdos comerciales entre los que destacan los que reglamentan la protección recíproca de inversiones. La dimensión de la cuestión se hace evidente en los casos de Chile y México. Chile, además de la ya mencionada asociación al MERCOSUR, ha firmado tratados de libre comercio con los tres países del TLCAN (todos en vigor), con los cinco países tradicionales del mismo centroamericano (en vigor con Costa Rica y El Salvador), además de con la Unión Europea, la AELC y Corea. México, por su parte, además del TLCAN y el tratado con Chile, tiene en vigor tratados de libre comercio con Bolivia y Venezuela, con Costa Rica, con El Salvador, Guatemala y Honduras, con Nicaragua (además de un acuerdo de complementación económica con Uruguay), y, fuera de América con la Unión Europea, con la AELC, con Israel y con Japón.

⁴⁶ Aún no en vigor. Los Estados signatarios centroamericanos son los del SICA menos Panamá y Belice, y más la República Dominicana.

sudamericanos, particularmente, los de Brasil, Argentina y Venezuela. La no inclusión en el proyecto continental de los países mercosureños (incluyendo ya a Venezuela) desdibuja gravemente el empeño original, a la vez que demuestra que las actitudes latinoamericanas frente al ALCA distan mucho de ser homogéneas. La creación de la mencionada CASA hace un año y, sobre todo, la incorporación de Venezuela al MERCOSUR ahora, más allá de la heterogeneidad de las posiciones de los Estados miembros (téngase en cuenta que los países más pequeños del MERCOSUR han manifestado ciertas discrepancias con sus socios mayores), podría verse como un índice de la tensión existente en la definición de los parámetros de mercado en el hemisferio, que de algún modo se refleja también a nivel mundial⁴⁷. Tampoco resulta irrelevante la estrecha integración (comercial, cultural y política) alcanzada en un plazo relativamente corto entre Cuba y Venezuela, en lo que busca ser el primer paso en la construcción de una Alternativa Bolivariana para las Américas (ALBA)⁴⁸. La situación actual, por tanto, parece quedar bastante lejos de la imaginada no hace mucho tiempo, cuando se daba por hecho que el ALCA sería una realidad con el inicio de 2005. Ahora, si Estados Unidos no mejora sustancialmente la oferta en algunos puntos⁴⁹, difícilmente habrá algo más que el ALCA fáctico, limitado (*light o lite*, en la jerga de los negociadores) y rengu que ya existe⁵⁰.

2. La CIDIP en el contexto de la integración y la liberalización comercial

Llegados a este punto, ¿tiene este auge del libre comercio y sus vicisitudes algo que ver con la CIDIP, su agenda y su futuro? A mi entender, objetivamente sí. Sólo en un clima dominado por la creencia casi religiosa en las bondades de la liberalización comercial, que junto a la privatización y la desregulación constituye el trípode sobre el que se afirma el credo neoliberal tan en boga en los años 90 (particularmente en América Latina), podía producirse la evolución sufrida por el movimiento codificador interamericano en los últimos quince (y, sobre todo, en los últimos diez) años. Los datos para confirmar esta aseveración sobran, pero me limitaré, dada su contundente elocuencia, sólo a tres, estrechamente relacionados entre sí:

⁴⁷ Los resultados (o, mejor dicho, la falta de ellos) de la Conferencia Ministerial de Cancún (10-14 de septiembre de 2003), motivados por el mantenimiento de una firme posición de parte de algunos países en desarrollo nucleados en el llamado G-20 (donde también se destacó Brasil), así lo indican. La discusión sigue en pie pasados dos años en la Conferencia Ministerial de Hong Kong (12-16 de diciembre de 2005).

⁴⁸ El Acuerdo entre ambos países para la aplicación del ALBA puede verse en www.alternativabolivariana.org. Ver O. ROMERO BALLEÑILLA, "Construyendo el ALCA", *DECITA*, núm. 5, 2006, en prensa.

⁴⁹ Entre las cuestiones más peliagudas están los subsidios al sector agrícola, el acceso a los mercados, las compras estatales, el tratamiento del dumping, la solución de las controversias relativas a inversiones y la propiedad intelectual.

⁵⁰ Ver M. E. CARRANZA, "MERCOSUR, the Free Trade Area of the Americas, and the Future of U.S. Hegemony in Latin America", *Foreign Int'l L.J.*, 27, 2004, pp. 1029-1064. Con todo, no debe creerse, por otro lado, que Estados Unidos se juega la vida con esta cuestión. En realidad, la ofensiva "librecomercial" norteamericana no está exclusiva ni prioritariamente dirigida a América Latina, como lo demuestran los tratados de libre comercio con Israel, Jordania o Singapur, o los próximos a entrar en vigor con Australia, Bahrein o Marruecos.

a) el principal motor codificador en este período ha sido un centro privado cuyo objetivo principal, como reza su propia denominación es el fomento del “libre comercio interamericano”; su contribución ha sido esencial para la aprobación de los textos sobre contratos (CIDIP V), garantías y carta de porte (CIDIP VI), y en la preparación de otros sobre temáticas vinculadas;

b) el tratamiento dado al tema de la contaminación transfronteriza antes y durante la CIDIP VI⁵¹, y el radical contraste con el dispensado a los temas comerciales, refleja fielmente (acaso por casualidad) la tendencia predominante en las negociaciones del ALCA⁵²;

c) la reciente lógica en la construcción de la agenda de la CIDIP manifiesta claramente que los temas que “interesan” son los que tienen un neto carácter comercial; en efecto, tanto el contenido efectivo de la CIDIP VI, como el temario propuesto en su última sesión plenaria para la CIDIP VII⁵³ (referido por la Asamblea General en la resolución que convoca a la CIDIP VII⁵⁴) son abrumadoramente “comercialistas”.

Siendo así las cosas, ¿cabe que el proceso codificador experimente alguna rectificación centrando tanto su agenda como su dinámica? Mi opinión es que no sólo puede sino que debe ser así. Como antes señalé, utilizando la metáfora (acaso demasiado drástica) de lo que sucede después de los terremotos, estoy persuadido de que se va a producir un reequilibrio en el sentido aludido, contemplando de un modo más equitativo y realista los distintos intereses en presencia. De hecho, es lo que está pasando con los trabajos preparatorios de la CIDIP VII. De no ser así de aquí en adelante, teniendo en cuenta la inveterada predisposición latinoamericana a la codificación internacional y la necesidad de respuestas jurídicas comunes, no debe descartarse que algunos Estados se vean tentados a buscar otros foros para canalizar sus inquietudes en materia de reglamentación jurídica, tal vez subregionales, es decir, haciendo coincidir integración con codificación. Y, desde luego, si lo que se hiciera en la CIDIP no contemplara los intereses y las necesidades de los diversos actores implicados, lo más lógico y recomendable sería que los insatisfechos buscaran otro foro válido. La CIDIP ha sido el foro natural hasta ahora porque es la única organización jurídica (además de otras cosas) continental. Pero eso no obsta a que se pueda crear otra con diferentes características y alcance.

3. Claves para el futuro

El perfil que van adquiriendo los trabajos preparatorios de la CIDIP VII autoriza un moderado optimismo. Lo que antes he señalado en relación con el sesgo comercial que ha

⁵¹ Para una crítica al tratamiento durante la Conferencia, ver J.L. SQUEBROS, “La Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI)”, *Rev. Mex. DIP*, núm. 11, 2002, pp. 21-24.

⁵² Ver C. DEBRE, “Greening Trade in the Americas: An Agenda for Moving Beyond the North-South Impasse”, *JWIT*, 38, 2004, pp. 137-151; y, más en general, C. DEBRE / D. ESTY (eds.), *Greening the Americas: NAFTA's Lesson for Hemispheric Trade*, Cambridge (MA), MIT Press, 2002.

⁵³ Doc. OEA/Ser.K/XXI.6, CIDIP-VI/RES.1/02. Sólo a último momento se incorporaron dos temas total o parcialmente no comerciales (el de la protección de incapaces adultos y el de los flujos migratorios de personas) y se fijó el carácter abierto de esa lista.

⁵⁴ AG/RES 1923 (XXXIII-O/03).

cobrado la CIDIP no debe ser en ningún caso entendido como una crítica a que esos temas formen parte de la agenda de trabajo. Antes al contrario, me parece evidente que los temas comerciales deben estar presentes, como por otra parte siempre han estado desde el origen mismo de la CIDIP, que ya en 1975 aprobó en Panamá una Convención sobre arbitraje comercial internacional que hoy está en vigor nada menos que en dieciocho Estados. Es más: los temas comerciales seguirán siendo importantes incluso si el ALCA no se constituye como tal o si termina siendo algo mucho más *light* que lo proyectado en un principio.

Obsérvese concretamente lo que ha sucedido en la preparación de la próxima CIDIP. Como suele suceder (el dato no es nuevo) menos de un cuarto de los Estados miembros de la OEA aprovecharon la oportunidad de sugerir temas. Estados Unidos se basó en la lista antes mencionada (la propuesta en reunión final de la CIDIP VI) y propuso dos temas vinculados con el comercio electrónico: valores de inversión y registros comerciales electrónicos. De este modo, se busca dar continuidad al trabajo iniciado con la preparación de la Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias, aprobada en la CIDIP VI. Los mismos temas se repitieron en las propuestas de Chile y Perú. Brasil y México se refirieron en sus propuestas al comercio electrónico en general, aunque México hizo una mención concreta de la protección del consumidor dentro de este ámbito. Canadá y Uruguay afinaron un poco más, proponiendo concretamente el tratamiento de la jurisdicción en los contratos celebrados por consumidores a través del comercio electrónico (aunque mientras a Canadá ese tema le resulta el único digno de ser tratado en la CIDIP VII, la propuesta uruguayaya incluye la jurisdicción internacional en general y la responsabilidad extracontractual especialmente centrada en la contaminación transfronteriza⁵⁵).

Quitando los casos de Canadá, Estados Unidos y Chile, los demás países proponentes hicieron como Uruguay y mencionaron más cuestiones, presentes o no en la lista surgida de la CIDIP VI. Así Perú también propuso el transporte multimodal; México agregó como temas, flujos migratorios y movimientos transfronterizos de personas, por un lado, y protección de menores, por otro; El Salvador, postuló títulos universitarios y responsabilidad extracontractual (referida a contaminación, accidentes y productos); y, finalmente, Brasil indicó flujos migratorios, insolvencia y protección del consumidor en general, aunque la propuesta de convención que se viene manejando reglamenta exclusivamente las cuestiones de derecho aplicable⁵⁶.

⁵⁵ Como antes destacué (ver *supra* nota 15), en la propuesta canadiense se manifiesta expresamente la postura habitual de este país de no tratar en el marco interamericano los temas que están en la agenda de los foros universales (o de vocación universal) de codificación, en tanto que en la misma uruguayaya se ratifica la "pertinencia de un proceso de codificación regional". Ver también C. FRESNEDO DE AGUIRRE, "Responsabilidad por hecho ilícito en el ámbito internacional con especial referencia a la responsabilidad civil por contaminación transfronteriza. Recientes desarrollos y perspectivas para la convención regional en la materia", *Liber Amicorum Operis Badán* (nota 4), pp. 208-215. Sobre los términos a tener en cuenta para analizar estas posiciones, ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho internacional privado interamericano* (nota 19), pp. 68-73.

⁵⁶ Se trata de una propuesta de la profesora Claudia LIMA MARQUES, de la Universidade Federal de Rio Grande do Sul, adoptada como propia por el Gobierno brasileño. Ver su explicación, magníficamente expuesta, en "A insuficiente proteção do consumidor nas normas de DIPr. Da necessidade de uma Convenção interamericana sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo", en D.P. Fernández Arroyo / F. Mastrángelo (orgs.) (nota 14), pp. 105-165 (incluye la propuesta en castellano).

Jugadas estas cartas, fueron la generosidad de los representantes de los diferentes Estados en el seno del Consejo Permanente y la hábil muñeca de los funcionarios del Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales⁵⁷ las condiciones que permitieron lograr lo que varios propugnábamos desde hace tiempo⁵⁸, esto es, una agenda equilibrada⁵⁹, con pocos temas y realizable⁶⁰. Estados Unidos accedió a dejar de lado el tema de los valores de inversión⁶¹, en tanto que el de registros electrónicos quedó planteado, según mi opinión con muy buen tino, como una complementación (harto necesaria) de la Ley Modelo sobre garantías mobiliarias. El otro tema escogido es uno que no estaba como tal en la lista inicial pero sí en la preocupación de muchos⁶², señaladamente, la protección de los consumidores. Pero las propuestas en torno al mismo son dispares: México, Canadá y Uruguay se refieren a la protección en el marco concreto del comercio electrónico y los dos últimos específicamente a la reglamentación de la jurisdicción internacional; el proyecto de convención de Brasil es sobre derecho aplicable y no se limita al comercio electrónico; Estados Unidos, por su parte, ha propuesto que se elabore una ley modelo para facilitar la restitución monetaria a los consumidores en las transacciones internacionales⁶³. En el temario entonces, el tema de la protección de los consumidores queda abierto en cuanto a su ámbito material y en cuanto a la técnica legislativa a utilizar (convenio o ley modelo), lo que no debe hacer descartar la aprobación de más de un texto o una combinación de técnicas⁶⁴.

Esta agenda temática puede gustar o no pero nadie podrá negar que incluye temas útiles y considerablemente demandados. Desde cierta perspectiva puede decirse que ambos temas tienen que ver con el aumento exponencial del comercio internacional, y si bien el tema de la protección del consumidor en general no se considera como típicamente mercantil, es

⁵⁷ La OEA había sufrido una reestructuración en 2004, en la cual lo que era la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos pasaba a ser el Departamento de Asuntos y Servicios Jurídicos dentro de la cual se incluyó la Oficina de Derecho y Programas Interamericanos, heredera del Departamento de Derecho Internacional. Fue una reforma de corto vuelo. En 2005, una vez instalado el nuevo Secretario General, ha habido una nueva reestructuración en el que se crea el Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales.

⁵⁸ Ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho internacional privado interamericano*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000, pp. 98-99.

⁵⁹ Ver "Declaración de Córdoba" (nota 26), p. 22: "es importante que la agenda temática de la codificación refleje equilibradamente los intereses de los diferentes Estados y esquemas de integración americanos".

⁶⁰ Doc. OEA/Ser.G, CP/CAJP-2239/05 rev.1. Ver J.M. WILSON, "Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado. Informe sobre los preparativos para la CIDIP VII", *DeCITA*, núm. 3, pp. 569-575.

⁶¹ Desde el punto de vista de la reglamentación de normas de derecho aplicable indirectas el tema ha sido muy bien abordado en la Conferencia de la Haya (ver F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "La tenencia indirecta de valores. El convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario", *DeCITA*, 3, 2005, pp. 369-375), y el UNIDROIT está realizando un importante esfuerzo para establecer una reglamentación material (D. ENSELLE, "The Book-Entry in a Securities Account: Linchpin of a Harmonised Legal Framework of Securities Held with an Intermediary", *Unif. L. Rev.*, 2004, pp. 41-50).

⁶² En el relevamiento que hizo el CJI entre especialistas de diferentes países, el tema apareció repetidamente. Ver "CIDIP VII y etapas sucesivas", Doc. OEA/Ser. K/XXI.6, CIDIP-VI/doc.10/02.

⁶³ Ya en su propuesta primigenia este país expresaba que había "tomado nota con interés de las propuestas de trabajo referente al derecho privado internacional en ámbitos no referentes al desarrollo económico, y la CIDIP-VII puede dar cabida a una gama de posibles temas. Nos agradaría analizar los detalles de esas propuestas. La CIDIP-VII ofrece una base para que la Organización de los Estados Americanos fortalezca cualitativamente el desarrollo económico y social en nuestro hemisferio, por lo que nos complace la posibilidad de respaldar esa labor" (doc. OEA/Ser.G, CP/CAJP-2094/03 add. 7 rev.1).

⁶⁴ Ver nota 20 y texto al que acompaña.

obviamente patrimonial y representa una de las aristas “humanas” del mismo. El grado de acierto de la decisión sólo podrá comprobarse dentro de algún tiempo, cuando el o los textos que se aprueben tengan mejor o peor acogida en los Estados de la OEA, y siempre pueden producirse sorpresas. Mírese, si no, lo que sucedió con la Convención sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, que es muy conocida y estudiada fuera de la región (sobre todo en Europa), y aparentemente constituye la realización importante de la CIDIP V, a punto tal de ser la que se quedó con el monopolio del nombre de la ciudad anfitriona. Sin embargo, mientras ésta sólo ha sido ratificada por México y Venezuela, la otra Convención aprobada en México, la relativa a un tema con tan poco gancho como el tráfico de menores, está en vigor en doce Estados. Por lo pronto, desde el Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales se ha implementado un cuidado plan de trabajo por etapas⁶⁵ que, de llevarse a cabo (y esto depende, fundamentalmente, de la colaboración que presten los Estados miembros), habrá de optimizar los resultados.

V. EPÍLOGO

Las tendencias actuales del DIPr implican desafíos y muchos de ellos requieren una respuesta global. En efecto, los fenómenos que se producen en el marco de la internacionalización (de los problemas, del mercado, del derecho), la cultura posmoderna, la influencia de los derechos humanos y la privatización del DIPr⁶⁶, contribuyen a la gestación de un DIPr bien diferente al de hace pocos años atrás. El fenómeno más claro tal vez sea el que muestra que las relaciones jurídicas privadas vinculadas con dos o más ordenamientos jurídicos (es decir, las que forman parte del objeto del DIPr) ya no son una excepción y menos una rareza. Por lo tanto, los tiempos en que los sistemas podían funcionar sin mayores sobresaltos con unas pocas normas inconexas ya fueron. Y la búsqueda de soluciones internacionales a problemas internacionales, que tan bien vislumbraron juristas como Gonzalo Ramírez o Antonio Sánchez de Bustamante, es hoy más necesaria que nunca. Antes podía ser una opción. Hoy es una necesidad.

En ese marco, la codificación de las relaciones privadas internacionales a escala regional sigue teniendo sentido. Si los ordenamientos jurídicos estatales perduran y seguirán existiendo en un futuro previsible, ¿cómo no va a haber un margen de acción entre lo estatal y lo mundial, habida cuenta de las dificultades y de la marcada heterogeneidad presente en la vinculación de los diferentes Estados con el orden mundial? La integración de Estados, entendida como una optimización de recursos en lo interno y un fortalecimiento en lo externo (de lo que es ejemplo paradigmático la UE), trae consigo una serie de manifestaciones jurídicas que repercuten de modo singular en el DIPr. El aumento exponencial de las relaciones

⁶⁵ J.M. WILSON, “CIDIP VII: trabajos preparatorios para la Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado”, *DeCITA*, núm. 5, 2006, en prensa.

⁶⁶ Acerca de las tendencias del DIPr, ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados del MERCOSUR*, Buenos Aires, Zavalia, 2003, pp. 59-81.

privadas internacionales ha hecho crecer sin cesar la labor de los organismos internacionales que se encargan de buscar mecanismos aptos para hacer funcionar de la mejor manera posible esas relaciones. En esa tarea es imprescindible que exista diálogo y colaboración entre los organismos de vocación universal y los que tienen un alcance geográfico más definido y limitado.

La OEA ha jugado en los 30 años de vigencia de la CIDIP, un papel primordial en la codificación americana del DIPr. Sufre ahora una presión desde lo universal (ámbito que parece acomodarse mejor a una realidad jurídica marcada por las tendencias “globalizadoras”) y otra desde el marco subregional (ámbito en el que la unificación normativa tenderá a acentuarse si los procesos vigentes derivan hacia configuraciones que superen el carácter intergubernamental haciéndose más supranacionales). Es decir que por arriba y por abajo se desafía el mantenimiento de la OEA como foro codificador del DIPr, capaz de brindar respuestas en principio válidas para todos sus Estados miembros. La codificación regional del DIPr va a seguir existiendo. A los Estados miembros de la OEA les cabe decidir si la Organización debe y puede seguir siendo el foro para desarrollar dicha codificación. Hasta hoy parece que ese es el sentir mayoritario. Para que se mantenga es imprescindible que se tenga en cuenta —en lo general— que ni el derecho, ni la OEA, ni los problemas son los mismos ahora que hace 20 ó 30 años⁶⁷, y —en lo particular— que todos los intereses deben encontrarse representados en la elección de los temas, en el proceso de elaboración de los textos legislativos y, sobre todo, en el resultado de éstos.

⁶⁷ Ver el solvente análisis de J.M. ARRIGHI, “Nuevos desarrollos del derecho interamericano”, *Liber Amicorum Operti Badán* (nota 4), pp. 565-591.

Bibliografía

- BRICENO BERRU, E., "Reflexiones sobre la codificación del derecho internacional privado en América Latina", *Studi in memoria di Mario Giuliano*, Padova, Cedam, 1989, pp. 157-192.
- CAICEDO CASTILLA, J.J., "Evolución y porvenir del derecho internacional privado en el continente americano", *III Curso de derecho internacional del CJI -1976-*, pp. 13-42.
- CASELLA, P.B. / DE ARAUJO, N. (coords.), *Integração jurídica interamericana: as conexões interamericanas de direito internacional privado (CIDIPs) e o direito brasileiro*, 2ª ed., São Paulo, LTr, 2003.
- FERNÁNDEZ ARROYO, D.P., *La codificación del derecho internacional privado en América Latina*, Madrid, Eurolex, 1994.
- *Derecho internacional privado. Evolución y perspectivas*, 2ª ed., México, UAS / Miguel Porrúa, 2003.
- FERNÁNDEZ ARROYO, D.P. / KLEINHEISTERKAMP, J., "The Sixth Inter-American Conference of Private International Law. A New Step in the Inter-American Legal Integration", *Yearbook of Private International Law*, vol. IV, 2002, pp. 237-255.
- FERNÁNDEZ ARROYO, D.P. / MASTRÁNGELO, F. (coords.), *El futuro de la codificación del derecho internacional privado en América. De la CIDIP VI a la CIDIP VII*, Córdoba, Alveroni, 2005.
- GARRO, A.M., "Armonización y unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades", *España y la codificación internacional del derecho internacional privado*, Madrid, Eurolex, 1993, pp. 341-397.
- HERBERT, R., *Del Congreso de Lima a la CIDIP-III. El derecho internacional privado en América Latina (1878-1984)*, Saarbrücken, Europa-Institut, 1984.
- HERNÁNDEZ-BRETÓN, E., "Verdades, mitos y realidades del derecho internacional privado latinoamericano actual", *AEDIPr*, t. IV, 2004, pp. 79-89.
- LIMA MARQUES, C., "A insuficiente proteção do consumidor nas normas de PIL. Da necessidade de uma Convenção interamericana sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo", in: FERNÁNDEZ ARROYO, D.P. / MASTRÁNGELO F. (dirs.), *El futuro de la codificación del derecho internacional privado en América. De la CIDIP VI a la CIDIP VII*, Córdoba, Alveroni, 2005, pp. 105-165.
- DE MAEKELT, T.B., "Evolución del derecho internacional privado en el sistema interamericano", *VIII Curso de derecho internacional del CJI -1981-*, pp. 321-348.
- "La codificación interamericana en materia de derecho internacional privado en el contexto universal y regional", *Libro homenaje a Haroldo Valladao*, Caracas, UCV, 1997.
- "El rol de la codificación interamericana en el mundo globalizado", *XXV Curso de derecho internacional del CJI -1998-*, pp. 59-76.
- OPERTI BADÁN, D., "Unification of Laws in the Western Hemisphere. The Contribution of the Organization of American States", *Unif. L. Rev.*, 1981-I, pp. 60-67.
- "Un testimonio del papel de la OEA en el nuevo desarrollo jurídico regional", *XVIII Curso de derecho internacional del CJI -1991-*, pp. 23-38.
- "En el centenario del Sistema Interamericano. Sus principales aportes al desarrollo jurídico regional y universal", *Anales del Foro*, 1991, pp. 9-18.
- "L'oeuvre de la CIDIP dans le contexte du droit international privé actuel", *Liber Amicorum Georges A.L. Droz*, The Hague y otras, Nijhoff, 1996, pp. 269-286.

- PARRA-ARANGUREN, G., "Recent Developments of Conflict of Laws Convention in Latin America", *Recueil des Cours*, t. 164 (1979-III), pp. 55-170.
- *Codificación del derecho internacional privado en América*, Caracas, UCV, vol. I, 1982, y vol. II, 1998.
- "Recent Developments in Private International Law in the Americas", *Netherlands Int'l L. Rev.*, 1992, pp. 229-241.
- "La reciente evolución del del derecho internacional privado en el Hemisferio Americano (1960-1992)", *Liber Amicorum. Homenaje a la obra científica y docente del profesor José Muci-Abraham*, Caracas, Arte, 1994, pp. 539 ss.
- "La Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI, Washington 2002)", *Revista de Derecho* (TSJ de Venezuela), n. 6, 2002, pp. 199-336.
- PEREZNIETO CASTRO, L., "Some Aspects Concerning the Movement for Development of Private International Law in the Americas Through Multilateral Conventions", *Netherlands Int'l L. Rev.*, 1992, pp. 243-266.
- "La codificación interamericana en derecho internacional privado, ¿es todavía una opción?", *Rev. Mex. DIPr*, n. 1, 1996, pp. 71-87.
- SAMTLEBEN, J., "Die interamerikanischen Spezial-konferenzen für Internationales Privatrecht", *RabelsZ*, 1980, pp. 257-320.
- *Derecho internacional privado en América Latina. Teoría y práctica del Código Bustamante*, trad., Buenos Aires, Depalma, 1983.
- "Neue interamerikanische Konventionen zum Internationalen Privatrecht", *RabelsZ*, 1992, pp. 1-114.
- "Los resultados de la labor codificadora de la CIDIP desde la perspectiva europea", en *España y la codificación internacional del derecho internacional privado*, Madrid, 1993, pp. 293-302.
- SIQUEIROS, J.L., "La codificación del derecho internacional privado en el continente americano", *Jurídica*, núm. 14, 1982, pp. 235-251.
- "Contribución de las CIDIP I, II y III al desarrollo del derecho internacional privado", *XIII Curso de derecho internacional del CJI -1986-*, pp. 159-183.
- "El aporte del sistema interamericano al desarrollo del derecho internacional privado", *Rev. Mex. DIPr*, núm. 1, 1996, pp. 33-50.
- "El desarrollo del derecho internacional privado en el ámbito interamericano", *XXV Curso de derecho internacional del CJI -1998-*, pp. 39-57.
- "La Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado" (CIDIP VI)", *Rev. Mex. DIPr*, núm. 11, 2002, pp. 9-30.
- VALLADÃO, H., "Le droit international privé des États américains", *Recueil des Cours*, t. 81 (1952-II), pp. 1-115.
- "O direito internacional privado interamericano: pioncrismo e atualização", *An. Jur. Interam.*, 1979, pp. 131-139.
- VIEIRA, M.A., "Le droit international privé dans le développement de l'intégration latinoaméricaine", *Recueil des Cours*, t. 130 (1970-III), pp. 350-453.

— “La codificación del derecho internacional privado en América”, *XVI Curso de derecho internacional privado del CJI-1989*, pp. 96-102.

— “La codificación del derecho internacional privado en el continente americano. Evolución histórico-jurídica”, *Rev. Fac. Der.*, 1991, pp. 67-81.

VILLELA, A.M., “L’unification du droit international privé en Amérique Latine”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1984, pp. 233-265. Versión portuguesa: *Rev. Inf. Leg.*, 1984, pp. 5-26.

VV.AA., *El derecho internacional privado interamericano en el umbral del siglo XXI*, Madrid, Eurolex, 1997.

VV.AA., *Avances del derecho internacional privado en América Latina. Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, FCU / Max-Planck-Institut, 2002.

VV.AA., *Liber Amicorum en homenaje al Profesor Dr. Didier Opertti Badán*, Montevideo, FCU, 2005.