

REFLEXIONES SOBRE LA LABOR CODIFICADORA DE LA OEA EN MATERIA IUSPRIVATISTA

Por José Antonio Moreno Rodríguez (*)

La Organización de Estados Americanos (OEA) mucho ha hecho en los últimos decenios por un mejoramiento jurídico del quehacer privado transfronterizo en el continente, fundamentalmente a partir de las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP). En seis encuentros llevados adelante en los últimos tres decenios, estas han aprobado numerosos instrumentos normativos en distintas materias, ulteriormente adoptados por o inspirado reformas en diversos países del continente, generalmente con positivo impacto. Puede decirse entonces que, aun resultando dispar la suerte de algunos de sus productos, el balance de las CIDIP es, indudablemente, positivo.

Las mismas se encuentran ahora, empero, en un punto de inflexión o, mejor, ante una oportunidad histórica única que no debe desaprovecharse. ¿Por qué? Pues porque estas conferencias especializadas han sabido ganarse un reconocido prestigio a través de los años, según lo reflejan no solo la cantidad de sus textos hoy en vigor, sino además por el guiño mayoritariamente favorable hacia ellas por parte de la más autorizada doctrina internacionaliusprivatista del continente, e incluso más allá de sus confines. Como muestra basta un botón. En Europa, algunas soluciones de la convención interamericana sobre derecho aplicable a la contratación internacional, de 1994, han sido vistas con muy buenos ojos y han contribuido a enriquecer el debate reformista actual allí en esta materia.

(*) LL. M Harvard. Profesor de las Universidades Nacional y Católica de Asunción y Profesor Visitante de las Universidades de Buenos Aires y del Heidelberg Center en Chile. Director Ejecutivo del Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP).

Deberíamos, pues, estar de acuerdo. Las CIDIP tienen un muy buen ganado prestigio. ¿Cuál sería el motivo, entonces, de repensarlas de cara al futuro? En el deporte se utiliza mucho la expresión: “equipo ganador no se cambia”. A lo que algunos responden: “mientras gana”. Los promotores de las CIDIP y los académicos del continente que se ocupan de ella, deben tener bien en claro que la coyuntura ha cambiado notoriamente desde aquella que motivara las primeras conferencias en los años setenta. En aquellos tiempos, las economías —y en general las políticas públicas— de muchos países de la región eran de manera substancial cerradas o, si se prefiere, proteccionistas o introvertidas. Los regímenes jurídicos resultaban muchas veces arcaicos, con la vigencia de vetustos tratados con muchas soluciones contradictorias que dividían las aguas jurídicas —por así decirlo— del continente. Además, y por sobre todo, los distintos derechos nacionales contenían soluciones de contra mano hacia una atmósfera cosmopolita, al no abrirse favorablemente hacia los usos y costumbres internacionales, el arbitraje y el derecho transnacional que ineludiblemente de allí emerge. Sumado a ello, no había procesos de integración como los que, con marchas y contramarchas, se fueron apuntalando en los últimos lustros en el Norte, Centro y Sur del continente.

Y podríamos seguir. El punto es que, innegablemente, el *chauvinismo* imperante, en mayor o menor medida, hace algunas décadas en el continente, se hallaba marcado por la concepción de que el derecho solo emana del propio Estado, aunque las soluciones que este adoptase —por vía de convenciones internacionales, leyes u otros instrumentos normativos—, resultaran absolutamente inapropiadas para regir vinculaciones privadas allende las fronteras.

Esta idea deriva de la codificación decimonónica. A partir de entonces, al menos en la Europa continental y en los sistemas cuyos derechos derivan de los modelos napoleónico y germánico, se instala el pensamiento de que el derecho solo puede encontrarse en los intersticios de la ley, es decir, en un instrumento adoptado mediante sanción estatal. Doctrina que encaja también con la coyuntura de la consolidación de las naciones-Estado con extraordinaria fuerza en las últimas dos centurias, y que puede resumirse más o menos así: La soberanía de los pueblos reside en los Estados. Solo los Estados pueden determinar qué normas son “jurídicas”. Y solo funcionarios estatales —o magistrados, o jueces— pueden como regla resolver las contiendas. Ello, por supuesto, aplicando “derecho estatal”. A su vez, el Derecho internacional privado, es decir, el que rija las vinculaciones transfronterizas, deberá llevar a la necesaria determinación de un derecho estatal aplicable, de cuyo custodio operarán los jueces del Estado.

Las consecuencias, catastróficas. Los mecanismos clásicos utilizados para buscar “estatizar” una vinculación privada internacional, recurrentemente complejos, contradictorios o, hasta podría decirse, indecifrables en ocasiones, han generado una inseguridad jurídica sumamente nociva, palpable no tanto cuando los países se cerraban, pero sí absolutamente notoria en tiempos actuales.

Hoy existe un mucho mayor grado de apertura económica en los países del continente; muchos de ellos enfrascados incluso en procesos de integración o adscriptos a esfuerzos mundiales de liberalización como los de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Pero la “internacionalización”, por así decirlo, va mucho más allá de lo económico. Los países vienen aceptando, por ejemplo, instancias supranacionales —es decir, más allá de lo estatal— de juzgamiento, como la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o mecanismos de resolución de conflictos regionales. Incluso, muchos Estados se han sometido a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), administrado por el Banco Mundial con sede en Washington, cuyos laudos son irrecurribles ante instancia nacional alguna. A lo que debe agregarse el enorme impacto que viene causando la adopción de normativas, de origen convencional o legal, que admiten la aplicación de derechos “no estatales”, como usos y costumbres internacionales, principios, etcétera. Y, sobre todo en los últimos lustros, la ratificación masiva de instrumentos internacionales que consagran y resguardan el arbitraje, complementada muchas veces con la adopción de normativas ceñidas a la ley modelo que a instancias de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (UNCITRAL), a partir del año 1985, viene inspirando reformas legislativas en el área.

Este no es el escenario de las CIDIP en los setenta; pero es un ambiente al que las CIDIP definitivamente favorecieron —desde su ámbito— a crear en el continente. Sus instrumentos, muchos de ellos con soluciones de avanzada, han contribuido a la homogeneización de cuestiones privadas transfronterizas en distintos derechos estatales del continente que, o los ratificaron, o en sus reformas los tomaron como modelo.

Pero el legado de las CIDIP va mucho más allá. Muchas de sus normas operan de hecho como un “caballo de Troya” en los derechos estatales que las reciben, puesto que ellas “transnacionalizan” las soluciones jurídicas del hipotético o eventual caso cuando, por ejemplo, dan virtualidad a principios reconocidos por organizaciones internacionales, usos y costumbres, o las respuestas equitativas que deban darse al caso más allá de la aplicación de “de-

rechos estatales”, según la feliz fórmula de la convención de la OEA, que contiene normas generales sobre Derecho internacional privado.

Se va destruyendo así la idea tan arraigada de que el derecho se agota en la norma estatal. El siguiente paso, entonces, es que las CIDIP sean consecuentes con lo que va emergiendo de sus productos y ponga ahora un particular énfasis en la fecundación de instrumentos no estatales, al menos en lo que a su entrada en ritualidad se refiere. El mensaje será muy fuerte y contribuirá al necesario *aggiornamento* de operadores vinculados al quehacer jurídico del continente, muchos aún imbuidos de la concepción estatista del derecho que bebieron por tantos años.

Ríos de tinta se han escrito ya sobre el pasado y posibles escenarios futuros de las CIDIP, de parte de grandes maestros que mucho conocen de la problemática, como los Operti, Maekelt, Fernández Arroyo y varios otros, a cuyos conocidos trabajos nos remitimos. El tema es realmente vasto y envuelve numerosas aristas, para cuyo tratamiento evidentemente quedaría estrecho este espacio. Por lo demás, no constituye objetivo de esta contribución señalar errores en el pasado, como la duplicación de esfuerzos con otros desplegados en otros ámbitos sin la coordinación deseable, en algunos casos. Tampoco se entrará al detalle de los aciertos de las CIDIP, al haber generado instrumentos de positivo impacto en el Derecho internacional privado de los países que los han incorporado ulteriormente, o al haberse erigido muchas veces en un efectivo foro de tratamiento de cuestiones que afectan el quehacer transfronterizo en el continente, aglutinando en torno a ellas a académicos de mucho prestigio y recibiendo en diversas ocasiones merecida atención de parte de organismos internacionales y gobiernos. Otros ya han agotado el tema hasta el hartazgo.

Este artículo pretende brindar un aporte mucho más modesto, pero a la vez, si se quiere paradójicamente, ambicioso, que es el siguiente: las CIDIP futuras deben girar el énfasis hacia la generación de productos futuros que no requieran de adopción “formal” de parte de los Estados, como ocurre con las propuestas de convenciones o leyes modelo. La concepción de otros tipos de instrumentos puede conllevar la mejor calidad final de los productos, a la vez que evitar la superposición con otros esfuerzos de homogeneización normativa que se están llevando adelante a nivel mundial e incluso regional. Explayemos.

Las convenciones y otros instrumentos normativos, como las leyes modelo o guías legislativas, por ejemplo, normalmente resultan producto de arduos debates, en los que participan, no solo expertos, sino otros negociado-

res sin la preparación debida en no pocas ocasiones, que van haciendo concesiones o excluyendo el tratamiento de temas que resultan “sensibles” en las discusiones. Este juego político afecta la calidad del producto, no solo por la forma en que se desarrolla, sino por quiénes terminan participando —generalmente con preponderancia— en los debates, muchas veces no precisamente académicos de jerarquía.

La grandeza del régimen jurídico más aplaudido en la historia, el derecho romano, radica precisamente en que gran parte de su esplendor se debe a que se han encontrado allí mecanismos para que las mejores mentes jurídicas fueran quienes tuvieran prácticamente el monopolio en la construcción del mismo en cuestiones capitales, merced fundamentalmente al derecho de interpretación —y fijación del derecho— que ejercía aquella casta de sabios investidos del *ius respondendi ex auctoritate principis*, debido al peculiar esquema ideado en aquella época. Dentro de una coyuntura distinta, el mismo monopolio de hecho lo llegaron a tener los grandes académicos a partir del bajo medioevo en la construcción doctrinaria del llamado *ius commune* para Europa, que fue tomado como base luego para la codificación decimonónica. La idea de la codificación, no mala en sí en cuanto que pretendía la simplificación del derecho, llevó como consecuencia —en paralelo, también, a desarrollos teóricos en ese sentido— a una concepción jurídica de que su producción solo puede originarse del Estado, y su interpretación solo puede ceñirse a hurgar lo pretendido por autoridades estatales al “crear” la norma. De hecho, fue pasando así el monopolio de instauración del derecho a legisladores, burócratas —en la esfera administrativa— y, en el plano internacional, a negociadores, muchas veces avezados diplomáticos, pero sin la preparación debida para la amplia variedad de temas que vinieron siendo objeto de encapsulamiento en tratados y otros instrumentos internacionales.

¿Qué pasó entonces? Sencillo. Los grandes juristas ya no inciden en la conformación del derecho, al menos no con la efectividad y fuerza de los prohombres de la Roma antigua ni de épocas medievales. Según se cree —aún hoy con mucha fuerza— el derecho se agota en la ley en sentido amplio (convención, ley, reglamento, etcétera) o en lo que pueda “exprimirse” de ella, ley que por lo general no la elaboran las mejores mentes jurídicas o cuyo contenido, negociado o transigido, según se dijo, no resulta del todo apto. Consecuentemente, se tiene un derecho de menor calidad, proliferando en producción desordenada a medida en que se entrecruzan propuestas de políticos, legisladores, diplomáticos o negociadores, entre otros, generándose muchas leyes —en el sentido amplio— poco efectivas en proporción, debido a todo lo que se viene haciendo notar aquí.

UNIDROIT, acrónimo con el que se ha vuelto mundialmente famosa la institución intergubernamental con sede en Roma, ha encontrado un ingenioso mecanismo para lograr la generación de instrumentos jurídicos de parte de, quizás, las más brillantes mentes de nuestro tiempo en materia contractual, con las entregas en 1994 y –con complementos y adecuaciones menores en 2004–, de los “principios” atinentes a lo medular de los convenios, como formación, contenido, interpretación y terminación, entre otros temas. Estos instrumentos, precedidos de un preámbulo o explicitación de sus objetivos, comprenden reglas –algunas de textura amplia, como las relativas a la buena fe– comúnmente seguidas de comentarios y ejemplificaciones. En lo que aquí nos interesa, fundamentalmente, los principios contractuales de UNIDROIT no están destinados a obtener sanción estatal. Lo que ha facilitado que el monopolio de su elaboración quedara en manos de académicos de gran valía aglutinados en torno a este organismo, los que no necesitaban transigir por supuestos “intereses estatales”, rótulo bajo el cual –por lo demás– muchas veces se esconde ignorancia o improvisación, sobre todo cuando se trata de cuestiones relativas a la contratación transfronteriza. Allí comúnmente no existen estos “intereses” de parte de los Estados, sino simplemente de particulares. Y en todo caso los intereses deberían ser convergentes: proteger el recto comercio, apuntar hacia reglas claras que permitan una adecuada generación de la riqueza con ganadores en todos los bandos del comercio internacional, etcétera.

¿Un Código de Contratos sin sanción estatal? ¡Qué herejía para los cultores de la concepción de que el derecho deriva solo del Estado! Sin embargo, este magnífico trabajo de UNIDROIT no solo ha sido invocado reiteradamente –muchas veces en causas de suma trascendencia– por árbitros, jueces y hasta por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sino incluso ha inspirado reformas normativas en los derechos contractuales que rigen hoy una porción importante de la población mundial, como ha ocurrido en China Continental, Japón, Federación Rusa y Alemania, entre otros países. Además, ha servido como lazo para un mejor entendimiento de los diversos regímenes jurídicos por parte de los académicos de la materia, que tienen hoy –o al menos deberían poseerla– una visión más cosmopolita, más aún al estar disponibles por la vía virtual los precedentes judiciales y arbitrales más importantes de los que se tiene noticia, haciendo aplicación de los principios contractuales referidos.

Lo de UNIDROIT resulta realmente digno de emular y de hecho así ha ocurrido en Europa, que cuenta también hoy –a partir del año 1999 y luego 2003 el complemento– con sus “Principios de Derecho Contractual”, conce-

bidos de manera análoga a los de aquel organismo intergubernamental, y con contenido muy parecido, con el importante agregado de que se incluyen además allí estudios comparativos de las soluciones de los distintos países de la Unión Europea, facilitando así no solo el entendimiento recíproco, sino eventuales proyectos reformistas que pretendan encararse allí. También estos principios europeos han sido citados en arbitrajes y en fallos judiciales, incluso del conservador derecho inglés cuyas peculiaridades son bien conocidas, no obstante lo cual, demuestra una apertura a recoger esta iniciativa de tan alta calidad académica, hasta de parte de su más alto tribunal, la Cámara de los Lores. Lo propio ha ocurrido en tribunales de otros países europeos, e incluso más allá, como por ejemplo hasta en el propio continente americano, con precedentes importantes tanto en el Norte como en el Sur.

UNCITRAL ha logrado también con ingenio, aglutinar juristas brillantes en torno a sus esfuerzos, sobre todo porque sus productos los elabora en Grupos de Trabajo, en los que inciden fuertemente académicos de fuste, cuyo resultado ya prácticamente “cocinado”, se aprueba luego en la instancia política, por así decirlo, que es la reunión anual de la Comisión a la que asisten los representantes de los países —por fortuna en muchos casos también académicos— además de las instituciones observadoras, por lo general instituciones como la propia UNIDROIT, que conducen importantes proyectos de investigación con el concurso de la *intelligentsia* jurídica. Cabe agregar que, amén de este importante componente académico ínsito en sus productos, UNCITRAL se ha abocado en generar instrumentos que no sean necesariamente tratados o leyes modelos. Guías legislativas, con meras indicaciones de regulaciones deseables, incluso con alternativas de solución en un sentido u otro para algunos casos, además de recomendaciones, notas e incluso “interpretaciones”, como las que se hicieron recientemente con respecto a un texto no claro de la Convención de Nueva York de 1958 que regula la ejecución de laudos arbitrales.

Esto último acarrea potenciales consecuencias fecundísimas. UNCITRAL no elabora un nuevo tratado para modificar la Convención de Nueva York, puesto que este nuevo instrumento requeriría nuevamente del engorroso trámite de ratificaciones para su adopción estatal. Sin embargo, en el fondo se modifica el tratado con esta interpretación “oficial” del organismo, sobre todo si se considera que no era la única que cabía, sin que este nuevo derecho, para adquirir virtualidad, requiera “sanción estatal”.

Es cierto que los tribunales podrán desatender esta interpretación. Pero aquí entramos en otro problema. Los jueces también desatienden textos con

sanción estatal. Por ejemplo, en materia de Derecho internacional privado, en reiteradas oportunidades se han dejado de lado reglas taxativas sustituyéndolas por interpretaciones basadas en principios amplios o “válvulas de escape”, como el orden público, por citar un ejemplo bien conocido. Esto en definitiva depende del grado de desarrollo y de apertura del derecho y de los tribunales de un país, para lo que en mucho contribuye obviamente su marco normativo, pero quizás en considerable mayor medida el grado de preparación de sus jueces y operadores jurídicos. Grandes comparatistas han puesto énfasis en que el cambio de regímenes jurídicos, desde luego, no pasa solo por una transformación de sus normas, sino fundamentalmente de mentalidades, puesto que existen preconceptos, formas de razonar y hábitos arraigados que solo se destierran con mucho esfuerzo que comprende una paciente y abarcativa labor de formación.

Pero volvamos a lo medular de la contribución. El derecho ha sido mayormente no estatal —en sus orígenes— a lo largo de casi toda su historia y hoy, luego del encandilamiento engececedor de la codificación, puede observarse que la comunidad internacional está nuevamente preparada para admitir que así sea, al menos cuando no existan cuestiones de soberanía o protección de intereses superiores (como de defensa de valores fundamentales, de la economía o de partes débiles, muchas veces referidas como asuntos de “orden público”).

Y aquí volvemos de lleno a la disyuntiva ante la que se encuentran las CIDIP. Estas podrían y —de hecho— deberían seguir ocupándose de regular cuestiones que ineludiblemente requieran, para su implementación, de una adopción formal por los Estados, a través de tratados o leyes modelo, por ejemplo, sobre todo para ir aproximando las soluciones de tinte imperativo “o de orden público” de los distintos países del continente. Porque esta es la real valla a la homogeneización: el orden público concebido de manera disímil. Pero las CIDIP deberían hacer preponderar en el futuro sus esfuerzos para la generación de instrumentos que no requieran necesariamente de incorporación estatal para adquirir efectividad.

¿Cuáles serán las consecuencias naturales? Fecundísimas. Mencionemos las más importantes. Una, asegurar que los académicos o las mejores mentes jurídicas del continente sean los protagonistas, puesto que no habrá tratado ni texto legislativo que negociar, al menos con un pretendido “interés estatal” detrás. Segunda, dejar abiertas las posibilidades a que exista un número mucho mayor de iniciativas, al hacer accesible un canal hacia el que efectivamente los académicos pueden conducir sus investigaciones de mane-

ra apropiada, en la seguridad de que no habrá “intereses estatales” que por ese solo hecho, irracionalmente, obstaculicen la efectividad de los trabajos presentados. La agenda de las CIDIP podrá ser mucho más abierta y deberían existir menos reticencias para la aprobación de los productos, que se impondrán o no en el mercado jurídico por su eventual calidad intrínseca y no por el guiño que le hagan los Estados o sus negociadores. Pero el legado más importante será el siguiente: se romperá con la concepción exclusivamente estatista del derecho en cuanto a su génesis, fuertemente imperante aún hoy, que constituye una seria valla para que el accionar transfronterizo se desenvuelva en un marco apropiado de seguridad jurídica, según se ha fundamentado ya.

Las iniciativas podrían ser muy variadas. Por ejemplo, se podría relevar la jurisprudencia continental en áreas abarcadas por convenciones de las anteriores CIDIP, a fin de detectarse la efectividad de su implementación y, en su caso, las disparidades interpretativas para luego proponerse, al igual que se ha hecho en UNCITRAL en el ejemplo arriba referido, una salida deseable. UNCITRAL ha entendido muy bien que sus textos uniformes, sin interpretación uniforme, de poco sirven. De allí que administre un sistema de registro de los casos jurisprudenciales producidos en los cinco continentes, conocido como CLOUT, a cargo de los mismos académicos que actúan como correspondientes. Esto de por sí genera un clima cosmopolita y un mejor entendimiento de lo foráneo, como presupuesto indispensable para cualquier esfuerzo homogeneizador.

Este entendimiento se está logrando en Europa por distintas otras vías, como por ejemplo a través de una iniciativa de “casebooks”, en que se reúnen en libros temáticos la legislación, jurisprudencia y doctrina de distintos países a fin de que puedan comprenderse mejor sus soluciones. Esto puede hacerse en América, por ejemplo, efectuándose un comparativo con las soluciones de UNIDROIT en materia contractual, como sistema neutral a partir del cual puedan detectarse las divergencias.

Pero no debe caerse en el error de duplicar innecesariamente esfuerzos—según críticas que se han formulado también a las CIDIP— sobre todo ante temas que no ameritan un tratamiento regional sino global de los que ya se encuentran ocupando con efectividad en otras instancias. Para mantener el ejemplo, si los Principios UNIDROIT gozan del guiño de la comunidad internacional, y no hay justificativo regional para apartarse de ellos, no tendría sentido que se elaboren los “Principios de Derecho Contractual para América”. Mucho más útil y efectivo será sí contar con estudios comparativos serios con respecto al estado de los distintos derechos contractuales del conti-

nente vs. los Principios UNIDROIT. Ya no generarán entonces las CIDIP documentos contradictorios con otros de amplia aceptación mundial, y sí se concentrarán en temas en los que efectivamente se pueden hacer aportes importantes, teniendo en miras siempre que el derecho se está desestatizando, proceso que se profundizará en los años siguientes según se viene argumentando. De paso puede enfatizarse en la pretensión de acercamiento de soluciones de tinte imperativo o de orden público de los diversos países, en los que no cabe sino la intervención estatal, por supuesto, a cuyo respecto el accionar de las CIDIP debería ser bien pragmático y no pretensioso, en cuanto al alcance de cada instrumento generado, puesto que aquí sí pueden presentarse trabas importantes. Pero esto ya es harina de otro costal.

Unas CIDIP dominadas —en el buen sentido— por las mejores mentes jurídicas del continente, encarando múltiples iniciativas y con productos que en su mayor parte no requerirán de la incorporación efectiva por los Estados ni se superpondrán innecesariamente con los generados en otras instancias mundiales o regionales. Tal debería ser el derrotero. Se hicieron muchas cosas bien. Las CIDIP gozan de un merecido prestigio. Pero se impone el giro —o un particular énfasis, si se quiere— en el sentido propuesto en este trabajo, para estar a tono con el derecho que se viene, con el derecho que ya está incluso allí hoy, transnacionalizado en muchos aspectos, lo admitan o no los Estados. *¿Quo Vadis, CIDIP?* Quienes pueden incidir en ellas tienen la palabra. Contemplantos con satisfacción el pasado, o portarán la antorcha al futuro.

