

SEPARATA

COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO

**CURSO DE
DERECHO INTERNACIONAL**

**XXV
1998**

Tatiana B. de Maekelt

**EL ROL DE LA CODIFICACION INTERAMERICANA
EN EL MUNDO GLOBALIZADO**



SECRETARÍA GENERAL

**EL ROL DE LA CODIFICACION INTERAMERICANA
EN EL MUNDO GLOBALIZADO**

Tatiana B. de Maekelt *

* Profesora de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Caracas, Venezuela.

SUMARIO

INTRODUCCION.- 1.- El rol de la codificación interamericana en el marco de la OEA. 2.- Derecho Internacional Público. 3.- Derecho Internacional Privado. 4.- Evolución y características generales de la codificación interamericana en materia de Derecho Internacional Privado. 5.- Convenciones Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado. Aspectos relevantes. 5.1. Método empleado por las Convenciones. 5.2. Acercamiento entre el civil y *common law*. 5.3. Factores de Conexión. 5.4. Idiomas. 5.5. Cláusulas Federales. 5.6. Cláusulas de reserva y declaraciones. 5.7. Influencia de las Convenciones en el Desarrollo del Derecho Interno. 5.8. Dificultades que Afrontan los Procesos Codificadores. 5.9. Perspectivas Futuras.

INTRODUCCION

He hablado y he escrito en muchas oportunidades sobre los aportes de la OEA y sobre su rol continental. También he insistido en la importancia política de la OEA, aunque sus actuaciones no siempre han logrado los resultados deseados. Efectivamente, se trata de un organismo esencialmente político que pretende desempeñar roles diferentes, como la cooperación, en la cual nunca ha podido lograr éxitos pretendidos. Desafortunadamente, con frecuencia se olvida una actividad de nuestro organismo regional que siempre he considerado de gran relevancia y que adquiere nuevos aspectos en el mundo globalizado. Esa actividad se refiere a los aportes jurídicos de la OEA, tanto en el ámbito del Derecho Internacional Público, que se encarga de regular las relaciones entre los Estados, como, y muy especialmente, las relaciones entre particulares, con lo cual se abre un vasto campo de Derecho Internacional Privado.

Si bien es verdad que desde su constitución la OEA se ha preocupado por producir instrumentos jurídicos y tratar de lograr su aprobación por los Estados miembros, también es cierto que el escenario en el cual se desenvuelve actualmente es diferente. Ese escenario adquiere nuevas características debido a la globalización del mundo actual.

El rasgo fundamental del globalismo es su dimensión especial, asimila lo global a lo mundial: aquello que se manifiesta a lo largo y a lo ancho del planeta. Esta dimensión especial esta asociada al avance de la tecnología: transporte, comunicación e infinitas posibilidades de emitir y recibir la información. Pero lo global siempre toca lo local. No se puede actuar sin tomar en cuenta las culturas diversas, las características continentales, estatales y locales. La Guerra del Golfo demostró que los misiles balísticos y armamento sofisticado no anulan la importancia de capturar y defender el territorio.

El globalismo ha generado tópicos globales positivos y negativos: la preocupación por el respeto a los derechos humanos, la protección ambiental, se

dan la mano con el sida, el narcotráfico, el terrorismo y la pobreza. También cuestiona la privacidad, es ambivalente y genera la confusión de lealtades (burocracia transnacional).

El concepto de globalismo es sinónimo de difuminación del límite entre lo público y lo privado, político y económico, la política interna y la política exterior. Esta borrosidad constituye un reto para los organismos internacionales, especialmente, encargados de elaborar nuevas regulaciones jurídicas adaptadas a las necesidades del mundo unificado lo cual no elimina el papel del Estado nacional ni de su ordenamiento jurídico que mantienen, a pesar de los esfuerzos de unificación, un considerable grado de diversidad. Hasta tanto se logre la unificación total, meta de difícil alcance, la codificación internacional e interna deben convivir y complementarse. El proceso europeo es el ejemplo de esta convivencia del progresivo pero lento acercamiento al nuevo escenario de la globalización.

1.- El rol de la codificación interamericana en el marco de la OEA

En la medida en que surgen problemas que trascienden las fronteras de un Estado determinado para convertirse en objeto de preocupación común en los países americanos, surge la necesidad de un Derecho común como uno de los medios para asegurar la convivencia armónica de la comunidad internacional. En este sentido, la regulación jurídica de los tópicos que, en un momento histórico determinado se encuentran en el tapete internacional, constituye el primer gran paso en la búsqueda de soluciones que respondan a los intereses comunes de los Estados miembros.

La importante contribución del continente americano al desarrollo del derecho internacional es un hecho indiscutible. Reconocido por la comunidad internacional, por los estudiosos del derecho y de las relaciones internacionales, sus aportes se convierten en elementos fundamentales del desarrollo del derecho universal. Testigo de esto es el sostenido proceso de codificación sobre los más diversos tópicos que justifica plenamente la existencia de la Organización.¹

La Organización de los Estados Americanos facilita la elaboración y aprobación de instrumentos jurídicos a través de su foro internacional que ofrece para el efectivo diálogo comparativo entre todos los países miembros, sobre temas de interés colectivo, a fines de fortalecer la cooperación y de canalizar sus diferencias. Así se reconoce en la Declaración de Panamá en la cual se señala: "La Organización de los Estados Americanos constituye el principal e insustituible foro donde los Estados miembros, en igualdad de condiciones, adoptan normas jurídicas, tanto de derecho internacional público como de

1 .- El derecho en un nuevo orden interamericano, Documento de Trabajo elaborado por la Oficina del Secretario General, Washington, D.C. 1 Febrero 1996, p.3..

derecho internacional privado, para regular sus relaciones a nivel hemisférico (...) ello ha permitido la constitución de un rico patrimonio regional que ha representado una valiosa contribución de la Organización de los Estados Americanos a la consolidación de un orden internacional pacífico, justo e igualitario".²

Es por ello que la cooperación jurídica y la codificación siempre han jugado un papel fundamental en la Organización de los Estados Americanos, lo cual se ve reflejado en la importancia que se le ha dado a los asuntos jurídicos en el marco institucional de la misma y en las numerosas convenciones aprobadas sobre los más diversos temas. Así vemos, entre las disposiciones contenidas en la Carta de Bogotá que se relacionan con la codificación del derecho internacional, aquella que ordena crear el Consejo Interamericano de Jurisconsultos y le atribuye la función de "... promover el desarrollo y la codificación del derecho internacional público y privado y estudiar la posibilidad de uniformar las legislaciones de los diferentes países americanos..." (art. 67 de la Carta de la OEA).

El Protocolo de Reforma de la Carta, suscrito en Buenos Aires en 1967³, introduce varias reformas institucionales de importancia. Entre las que se relacionan directamente con la codificación destaca la referente a la calificación que se les da a los miembros que integran el Comité Jurídico, que dejan de ser representantes de los gobiernos de sus respectivos países para convertirse en juristas elegidos a título personal por la Asamblea General, de temas presentadas por los Estados miembros (art. 107). Con ello se busca lograr una real representación global de los Estados miembros de la Organización, así como el ejercicio de la más amplia autonomía técnica (art. 108).⁴

En el Protocolo de Cartagena de Indias (1985) se incorpora a la Carta de la OEA una serie de disposiciones con las cuales se busca promover la cooperación internacional para lograr el desarrollo del sistema interamericano. El Protocolo

-
- 2.- Cooperación Jurídica: Instrumento para el Perfeccionamiento del Sistema Jurídico Interamericano. Consejo Permanente, OEA, Ser. HCP/doc. 2896/97, 5 de mayo de 1997.
 - 3.- A pesar de haber sido aprobada en 1967, entró en vigor el 27 de febrero de 1970. - Ver: Sistema Interamericano a través de tratados, convenciones y otros documentos. Vol. 1, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Secretaría General de la OEA, Washington, D.C., 1981.
 - 4.- Además, la Carta reformada eliminó el Consejo Interamericano de Jurisconsultos pero mantuvo la Comisión Permanente del Consejo y la elevó a la categoría de órgano principal de la Organización atribuyéndole las funciones que venía desempeñando el Consejo Interamericano de Jurisconsultos además "del estudio de los problemas jurídicos referentes a la integración de los países americanos" (art. 105), asimismo, se le otorgó la facultad de organizarla celebración de conferencias jurídicas especializadas (art. 106).

de Washington, de 1992, reafirma, como uno de los propósitos fundamentales de la OEA, la cooperación jurídica. La OEA deberá ser, como ya lo fuera en el pasado, el foro por excelencia para la elaboración de los instrumentos jurídicos que garanticen no sólo convivencia armónica de los Estados miembros, sino progreso, bienestar y seguridad de nuestros pueblos.

Los grandes temas que constituyen la agenda jurídica interamericana han sido determinantes para mantener vivo el interés por la codificación, cuya primera expresión se encuentra recogida en la Convención para la Formación de Códigos de Derecho Público y Derecho Internacional Privado de América, suscrita en 1902 y en la Convención sobre Derecho Internacional, suscrita en la Conferencia Interamericana de Río de Janeiro en 1906. En ambas convenciones se trazan métodos y procedimientos destinados a facilitar el proceso de codificación interamericana. El conocer el contenido de esta codificación permitirá entender el comportamiento legislativo del continente por lo que analizaremos algunos de los tópicos agrupándolos de acuerdo a la materia a la que pertenecen, esto es, al derecho internacional público y al derecho internacional privado. Sin embargo, es importante destacar que la estrecha relación que existe hoy entre el derecho público y derecho privado, en general, y derecho internacional público y privado, es especial, dificulta cualquier intento de clasificación rigurosa.

2. - Derecho Internacional Público

En el ámbito del Derecho Internacional Público son muchos los temas a los cuales se ha dedicado con éxito la OEA; asilo diplomático, asilo territorial, extradición, solución pacífica de controversia, sistema de seguridad colectiva y, posteriormente, derechos humanos, que es un elemento medular de las actividades de la OEA.

A pesar de cierto decaimiento de las actividades en el ámbito del Derecho Internacional Público, algunos temas se han desarrollado de una manera muy especial: la promoción y consolidación de la democracia representativa, la integración económica y libre comercio, el fortalecimiento de la administración de justicia, la protección del medio ambiente, la lucha contra la corrupción (la Convención sobre la Corrupción ha sido aprobada en Caracas y desde el momento de su aprobación se ha convertido en el verdadero centro de atención de la organización); y el combate al lavado de dinero proveniente del narcotráfico.

Cada uno de los tópicos de Derecho Internacional Público, al requerir la regulación jurídica para encontrar soluciones, se institucionaliza dentro de la organización, a cuyo cargo está controlar, gerenciar y hacer seguimiento a estos tratados. El resultado obtenido podrá ser de suma utilidad para continuar codificando los temas más relevantes en nuestro continente.

3. - Derecho Internacional Privado

Los aportes de la OEA en el ámbito del DIP han sido y son especialmente importantes por cuanto se trata de una materia de relativamente poca atención internacional.

Además, las regulaciones del DIP en la actualidad están sometidas a la constante revisión y el método generalmente aceptado en el mundo europeo y latinoamericano, debido no sólo al fenómeno de la globalización, sino a la nueva concepción neoclásica de nuestra materia que origina preguntas sobre la necesidad o no de la codificación. Pero justamente esta nueva concepción, al flexibilizar las rígidas reglas de conflicto y otorgar libertad al juez para lograr la justicia material del caso concreto, requiere normas de orientación.

Por supuesto, los codificadores tendrán que afrontar serios problemas, metodológicos y prácticos. Pero la metodología y el contenido de las normas tendrán que partir de los fines de justicia y de la concepción internacional de nuestra disciplina. Cualquier parroquialismo, así como el carácter rígido de sus normas, especialmente en lo que a los factores de conexión se refiere, obrarían en detrimento del Derecho Internacional Privado moderno y de sus fines. Por ello, sin excluir la necesidad de las legislaciones internas, internacionalmente orientadas, insistimos en la importancia de la codificación internacional y, en el caso nuestro, de la regional.

4.- Evolución y características generales de la codificación interamericana en materia de Derecho Internacional Privado

La codificación de normas conflictuales ha sido una preocupación constante en América. Muchos han sido los intentos para lograrla, desde el Congreso de Panamá, convocado por Simón Bolívar en 1824, en el cual se presentó una moción para la "pronta iniciación de los trabajos de codificación del Derecho Internacional Privado". Esta preocupación no ha disminuido con el correr del tiempo y, a pesar de las controversias sobre el contenido, metodología y la necesidad misma de la codificación, se ha intensificado en la actualidad.

Para entender las características de la codificación americana es necesario dividirla en dos grandes etapas conocidas como las de idealismo y de pragmatismo. En la primera etapa⁵, que precedió a los movimientos europeos de

5.- En esta etapa, podemos mencionar los siguientes Congresos y Conferencias: Congreso de Panamá de 1826; Congreso de Lima, 1877 - 1878; Primer Congreso de Montevideo, 1888 - 1889; Congreso Boliviano, Caracas, 1911; Conferencias Panamericanas, 1889 - 1954; Sexta Conferencia Panamericana, La Habana, 1928: Código Bustamante; Segundo Congreso de Montevideo, 1939 - 1940. De menor importancia, pero también incluidos dentro de esta primera etapa,

unificación jurídica, los países latinoamericanos emprendieron un ambicioso proyecto de codificación global de Derecho Internacional Privado.

En esta primera etapa destaca el Código Bustamante. De carácter conciliatorio y diplomático, este Código no adopta soluciones definidas, especialmente en el ámbito de tanta importancia, como el de los factores de conexión de carácter personal, dejando a cada Estado Parte aplicar los consagrados en su legislación interna⁶ y abuso del orden público para facilitar la aplicación del derecho del foro.

A pesar de las críticas que se formulan a esta primera etapa codificadora, especialmente al Código Bustamante, los esfuerzos continentales de unificar el Derecho Internacional Privado representan un serio empeño para que las relaciones internacionales de los Estados americanos estuviesen regidas por principios jurídicos y estructuras institucionales multilaterales.⁷

Los cambios socio-económicos, la intensificación de relaciones interamericanas y los escasos resultados prácticos de la codificación correspondiente a esta primera etapa de romanticismo legislativo, ha dado a la OEA el impulso necesario para emprender la tarea de búsqueda de nuevas soluciones en el ámbito de Derecho Internacional Privado.

5.- Convenciones Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado. Aspectos relevantes

La segunda etapa, más pragmática, protagonizada por las CIDIP's⁸, abandona esa aspiración romántica de la codificación global y se concentra en temas específicos, a semejanza de las Convenciones de La Haya⁹. Las CIDIP's

podemos encontrar Convenciones aprobadas en los Congresos Jurídicos de América Central en 1897 y en 1901.

- 6.- Código Bustamante. "Artículo 7: Cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio, las de la nacionalidad o las que haya adoptado o adopten lo adelante su legislación interior."
- 7.- Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Secretaría General de la OEA: Sistema Interamericano. . . op.cit., pp.25-27.
- 8.- Hasta ahora se celebraron las siguientes Conferencias Interamericanas Especializadas sobre Derecho Internacional Privado: CIDIP I, Panamá, 1975; CIDIP II, Montevideo, 1979; CIDIP III, La Paz, 1984; CIDIP IV, Montevideo, 1989; CIDIP V, México, 1994.
- 9.- La Conferencia de La Haya se constituyó cuando la codificación interamericana sobre Derecho Internacional Privado ya contaba con años de tradición. Por ello los juristas americanos no le daban la necesaria importancia. Con la adhesión de los EE.UU. Canadá y, posteriormente, de varios países latinoamericanos que comienzan progresivamente a ratificar algunas Convenciones, o adherirse a ellas, la Conferencia se afianzó en América.

se limitan a los ámbitos del Derecho Mercantil, tales como títulos valores y sociedades, de Derecho Civil en el cual el menor es el protagonista (adopción, restitución y tráfico internacional de menores, obligación alimentaria) y Derecho Procesal Internacional, con especial énfasis en la cooperación judicial internacional. Al referirse al proceso codificador americano, no puede dejar de mencionarse la Convención sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado que, según Werner Goldschmidt, es "la prenda de cientificidad" de nuestra disciplina. Es, además, un factor que garantiza un alto nivel científico de estudios que sobre Derecho Internacional Privado se realizan en los países de nuestro continente.¹⁰ También es digna de mención especial la Convención sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, aprobada en la CIDIP V, 1994, México, la cual por sus concepciones modernas y por sus soluciones, algunas revolucionarias, representa un interés especial.

El análisis de los aspectos relevantes de esta etapa nos permitirá mejor comprensión de su importancia continental.

5.1. Método empleado por las Convenciones

En esta nueva etapa de codificación, el método utilizado es sectorial, pragmático, progresivo y desarrolla la materia dentro de una concepción universalista. Es, en principio, conflictual, pero con significativa presencia de normas materiales. Podría pensarse que estas normas materiales tienen carácter auxiliar, pero su misión, sin desatender aquella, va más allá, es decir, pretender resolver o cubrir determinados aspectos de un problema, sin acudir a norma de conflicto.¹¹

Existen varios factores que indican la necesidad de incorporar este tipo de normas en tales convenciones, especialmente porque ellas facilitan su aplicación práctica. Además, es también un elemento de acercamiento a los instrumentos de carácter universal provenientes de Organismos Internacionales y a la doctrina comparada.¹²

10.- Werner Goldschmidt: Normas Generales de la CIDIP 11. Hacia una Teoría General del Derecho Internacional Privado Interamericano, Anuario Jurídico Interamericano 1979, Consultoría Jurídica, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., 1979, pp. 141 - 155, especialmente p. 154.

11.- En este sentido podemos nombrar la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas, 1979, y la de Transporte Internacional de Mercaderías por Carreteras, 1989; y en buena parte la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores.

12.- Podemos mencionar la aparente aceptación por nuestros países del texto de la Convención de Viena de 1980, sobre venta internacional de mercaderías preparada por UNCITRAL; la compatibilidad de los ordenamientos jurídicos

5.2. Acercamiento entre el civil y common law

Para entender a cabalidad la metodología utilizada en las convenciones, debe tomarse en cuenta la convivencia continental de dos grandes sistemas jurídicos: el del derecho civil y el del common law.

Dos son los elementos coadyuvantes para lograr un acercamiento exitoso: la gradualidad de las soluciones, que se impone como la única forma de alcanzar el desarrollo progresivo de la codificación del Derecho Internacional Privado y el espíritu de conciliación que se refleja en el carácter transnacional de las soluciones formuladas, sin olvidar las particularidades de cada sistema.

La participación activa de los países pertenecientes al sistema del common law en las discusiones de las CIDIP's, parece prometer un mejor entendimiento y logro de objetivos comunes a través de estos instrumentos. Sin embargo, aún falta para lograr un verdadero acercamiento entre ambos sistemas; basta recordar que Canadá se incorporó a la O.E.A en fecha reciente, aunque haya participado como observador en varias de las CIDIP's. Los Estados Unidos, por su parte, ha ratificado sólo tres instrumentos en un promedio de veinte años: sobre exhortos y cartas rogatorias con su protocolo adicional, y la relativa a arbitraje comercial internacional. Para algunos, la ratificación de tales instrumentos interamericanos, ha sido motivada por la similitud de estos con otras convenciones de carácter universal, previamente ratificadas por los Estados Unidos.¹³ Sin embargo, no debe restarse importancia a estas ratificaciones, ya que constituyen el primer paso para la aproximación entre civil y common law y con ello para la integración jurídica continental.¹⁴

internos con los principios aplicables a los contratos comerciales internacionales elaborados por UNIDROIT: Principles of International Commercial Contracts UNIDROIT Roma 1996; las tendencias hacia la armonización y uniformidad del derecho sustantivo latinoamericano por vía doctrinal, de leyes-tipo o mediante códigos modelo, adoptados en jornadas, simposios y congresos. Igualmente, se elaboran leyes tipo en materia de organización del Ministerio Público y en las materias de arbitraje, además de una constante elaboración de códigos-tipo en materia tributaria, aeronáutica, penal y procesal. Ver Alejandro Garro: op. cit., pp. 339 y 340.

- 13.- Los Estados Unidos ha ratificado las siguientes Convenciones de La Haya: Supresión de requisitos necesarios para la legalización de documentos públicos extranjeros, 1961; Traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, 1965; Obtención de Pruebas en el extranjero en materia civil o comercial, 1970. Además firmó la Convención de La Haya relativa a: Aspectos del secuestro internacional de menores. Asimismo, los Estados Unidos son parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros, Nueva York 1958.
- 14.- En el marco de la Quinta Conferencia Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, 1994, se suscribió en Ciudad de México la Convención

5.3. Factores de Conexión

Las CIDIP's no han superado la vieja controversia entre dos factores de conexión personales: nacionalidad y domicilio.¹⁵ Creemos, sin embargo, que en el futuro habrá un factor común: domicilio calificado como residencia habitual.¹⁶ En las Convenciones aprobadas se nota también una marcada evolución hacia otros factores. Son ellos: el lugar del acto, tales como el lugar de emisión de la letra de cambio y del cheque, que determina la ley aplicable a la capacidad cambiaría; y el lugar de constitución de una persona jurídica, en general, o de una sociedad mercantil, específicamente, que indica la ley de su capacidad y funcionamiento.¹⁷ Por otra parte, la residencia, factor fáctico de fácil determinación, se convierte en la conexión preferida en las convenciones sobre menores en el Derecho Internacional Privado.¹⁸ De igual forma podemos notar la tendencia hacia los factores de conexión más flexibles que aseguran la protección del débil jurídico, por ejemplo, la del menor en general y, especialmente, la del hijo, del pupilo, de la mujer, del deudor, si les resulta más

sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, la cual constituye un excelente ejemplo de acercamiento entre ambos sistemas y, de ratificarse, significaría un considerable avance en este difícil proceso. Esta Convención ya entró en vigencia, al ratificarla México y Venezuela.

- 15.- El tema ha sido objeto de discusión en varios CIDIP's sin resultado alguno y no fue incluido en la CIDIP V. La recepción de uno u otro factor de conexión determina una influencia doctrinaria distinta, lo cual es la tendencia comestataria que dominó entre los países de la cuenca de La Plata y los del norte de América Latina. Los primeros siguen una línea de corte savigniano, no sólo por lo que respecta a la estructuración de sus normas, sino también en la adopción del factor de conexión domicilio para regular el estado y capacidad de las personas, así como las relaciones familiares. En los segundos se nota una fuerte influencia francesa y manciniana, manifestada fundamentalmente por la adopción del factor de conexión nacionalidad en la regulación del estado y capacidad de las personas y relaciones personales. Hoy día los países con este último factor de conexión están en franca minoría, en América.
- 16.- La aprobación, en la CIDIP II, 1979, de la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado es el indicador de esta tendencia, así como el hecho de que la gran mayoría de los países de nuestro continente aplica en su legislación interna el factor domicilio. Venezuela que tradicionalmente adoptaba la nacionalidad modificó su factor personal a favor del domicilio.
- 17.- Convenciones Interamericanas sobre Conflicto de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagares y Facturas; Y sobre Cheques, respectivamente. También Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional.
- 18.- Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, 1984, Art. 3; Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, 1989, Art. 6; Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, 1989, Art. 3.

favorable la ley por ellos determinada.¹⁹ Igualmente se prefieren los factores que aseguran la validez del acto jurídico, siempre y cuando se garantiza la protección del débil jurídico.²⁰

Una mención especial emérita la presencia en las convenciones interamericanas de los modernos factores de conexión, como el "vínculo más estrecho", incluido en la Convención sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. Este factor debe interpretarse no sólo en el marco de una relación efectiva del Derecho aplicable con el supuesto de un determinado caso, sino como una búsqueda del ordenamiento jurídico que asegure la solución más equitativa.

5.4. Idiomas

Con frecuencia se olvida que la OEA, organismo responsable por el proceso de codificación interamericana, funciona en cuatro idiomas que son también idiomas oficiales de las convenciones interamericanas: español, inglés, portugués y francés. Esto no deja de presentar ciertas dificultades ya que no se trata de un idioma oficial, traducido en varios, sino de cuatro idiomas oficiales que tienen su propia vida. Antes de aprobarse definitivamente una convención cualquiera, no deben escatimarse los esfuerzos de coordinación entre los lingüistas y abogados, para evitar diferencias en los textos que pueden ser fuente de grandes dificultades en la aplicación práctica de las convenciones.²¹

5.5. Cláusulas Federales

Otra de las características de las Convenciones es su preocupación por los sistemas federales, propios de algunos Estados en los cuales se pretenden aplicar, especialmente Estados Unidos y Canadá. Dos son los aspectos

19 .- Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, 1994: Art. 1, letra a).

20 .- "... al final de cuentas se vuelve al viejo principio de que siempre debe aplicarse la ley que más favorezca la validez del acto, y la de la autonomía de la voluntad, ahora en justo resurgimiento, en función de la facultad de elegir la ley competente, lo cual sólo valdrá si no representa un abuso del derecho y una violación del orden público." H. Valladao Haroldo: *Op. cit.* pp. 185 y ss. Ver también Proyecto de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, art. 9.

21 .- El mismo fenómeno se observa en las Naciones Unidas y en todos los organismos multilaterales en los cuales se utilizan diversos idiomas no sólo en la elaboración y preparación de los tratados, sino en la discusión de los mismos. Estas dificultades se presentan con mayor frecuencia cuando no sólo se trata de diferentes idiomas, sino de distintas familias jurídicas, como es el caso de los sistemas de civil y common law. Las versiones en inglés y español se refieren a las mismas instituciones y muchas veces se alejan de la pretendida igualdad del texto.

importantes en este sentido: cada Estado contratante podrá "... declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas", lo cual, evidentemente queda a discreción del respectivo Estado.

Las convenciones también se refieren a las entidades federales regidas por diferentes ordenamientos jurídicos. Cuando la norma de conflicto indica la aplicación del derecho de un Estado Federal, se aplicará el de la respectiva entidad, así como cualquier referencia a la residencia o al establecimiento en el Estado, se entenderá referida a la residencia habitual o al establecimiento en una unidad territorial. Las más recientes convenciones prevén estos casos y hacen referencia expresa a la aplicación del derecho de la respectiva unidad federal.²²

5.6. Cláusulas de reserva y declaraciones

El contenido de cláusulas de reserva responde a la evolución de esta materia en el ámbito de tratados en general. Las convenciones prevén solamente reservas de carácter especial que no sean incompatibles con el objeto y fin de la convención.²³

Cada Estado podrá también formular declaraciones en el momento de la firma y de la ratificación. Estas pueden verse sobre el ámbito de aplicación del respectivo tratado o sobre la interpretación de una determinada norma. Las declaraciones de Uruguay sobre la interpretación del orden público internacional reflejan la posición de la doctrina uruguaya en esta materia y se citan con frecuencia como tal.²⁴

Otras declaraciones se refieren a la creación de la Autoridad Central

22.- Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, 1994, arts. 22 y 23; Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, 1989, art. 32; Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, 1984, art. 28; Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, 1994, arts. 24 y 25.

23.- Como ejemplo se reproduce el texto del artículo 21 de la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales: "En el momento de firmar, ratificar o adherir a esta Convención, los Estados podrán formular reservas que versen sobre una o más disposiciones específicas y que no sean incompatibles con el objeto y fin de esta Convención. Un Estado Parte podrá retirar en cualquier momento la reserva que haya formulado. El efecto de la reserva cesará el primer día del tercer mes calendario siguiente a la fecha de notificación del retiro".

24.- Ver, entre otras, la declaración de Uruguay al firmar la Convención sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado; México ha formulado una extensa declaración en relación al contenido del art. 8 de la Convención sobre la Recepción de Pruebas en el Extranjero.

(especialmente, en las convenciones de carácter procesal y en materia de menores). El contenido de las declaraciones queda a discreción de cada Estado y se considera como un elemento complementario para facilitar la ratificación y, en algunos casos, evitar las reservas.

5.7. Influencia de las Convenciones en el Desarrollo del Derecho Interno

La intercomunicación entre las fuentes internas e internacionales es imprescindible para garantizar la cabal regulación de una determinada materia, evitando diferentes soluciones en casos idénticos. Por ello en nuestro continente ya ha comenzado la adaptación de la codificación interna al contenido de las convenciones, sobre Derecho Internacional Privado. Perú fue el pionero en esta tendencia y las soluciones de su reforma del Código Civil (1984) demuestra la voluntad de adaptarla a la Convenciones Interamericanas. En igual sentido ha procedido México (1988) y Uruguay, este último en su reforma de Derecho Procesal, así como Cuba en su nuevo Código Civil (1990), aunque inexplicablemente mantiene el factor de conexión nacionalidad.²⁵

En Venezuela se promulgó la nueva ley de Derecho Internacional Privado (06-08-98, entró en vigencia el 06-02-99) que se adapta a las fuentes internacionales vigentes en Venezuela y a las realidades del país. Es de esperar que este proceso de adaptación de las legislaciones internas a las convenciones interamericanas continúe en el mismo sentido.

Otro aspecto que llama la atención es la aplicación de los tratados internacionales, ratificados por un determinado Estado, fuera de su ámbito natural, es decir, en los casos relacionados con los ordenamientos jurídicos de los Estados que no son partes en la respectiva convención. Esto se observa frecuentemente en la aplicación del Código Bustamante, así como de los Tratados de Montevideo, algunas de cuyas soluciones la jurisprudencia ha considerado como principios generales de Derecho Internacional Privado. Nada obsta a que, debido a la escasez de normas conflictuales, lo mismo suceda con las convenciones interamericanas cuya influencia en la jurisprudencia se nota ya

25 .- Código Civil Peruano, promulgado 14.11.1984; Decreto mexicano por el cual se reforman, adicionan y derogan diversos artículos del Código Federal de Procedimientos Civiles, publicado en el Diario Oficial de fecha 12 de enero de 1988; Eduardo Tellechea Bergman: Una nueva regulación del Derecho Internacional Privado Procesal de la República, Revista Uruguaya de Derecho Procesal, N° 14, 1988, pp. 528-550; Gonzalo Parra Aranguren: La Reciente Evolución del Derecho Internacional Privado en el Hemisferio Americano (196~1992). En: Liber Amicorum, Homenaje a la Obra Científica y Docente del Profesor José Muci-Abraham. Editorial Arte, Caracas 1994, pp. 539 y ss, especialmente p. 561.

al considerarlas, en algunos casos, como "la doctrina más recibida".²⁶

Lo importante en este proceso consiste no sólo en poder constatar la gran influencia que ejercen las convenciones interamericanas en las fuentes internas de los Estados del continente, sino lograr la consciencia de su vigencia y de las características de sus soluciones que las convierten en instrumentos por excelencia del Derecho Internacional Privado en América.²⁷

5.8. Dificultades que Afrontan los Procesos Codificadores

Si bien las CIDIP's han sido determinantes para el éxito de esta nueva etapa de la codificación interamericana, su labor no ha estado exenta de críticas y dificultades ya observadas en la fase de la codificación idealista. Estas dificultades son de diferente índole: la escasez de trabajos preparatorios, la elaboración de amplias agendas para las sesiones de corta duración; la presencia de factores políticos en las discusiones de los proyectos, con el predominio de los intereses particulares de cada Estado frente a las necesidades de la comunidad internacional; carencia de expertos en algunas delegaciones; presión del factor tiempo requerido para la discusión y aprobación de los proyectos de convenciones, que se relaciona con falta del presupuesto adecuado; la lenta ratificación de las convenciones aprobadas, pues en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se trata de un procedimiento largo que generalmente consiste en dos y hasta tres -actos, diferenciados, entre sí: la aprobación legislativa, la promulgación por el Jefe del Estado y el respectivo depósito del instrumento de ratificación.

Este formalismo de las ratificaciones demuestra una actitud psicológica de los Estados que retardan voluntariamente el proceso, creyendo justificada esta actitud, ante el temor de que el tratado podría violar una norma constitucional o legal, vigente o futura, o porque simplemente podría contradecir alguna de las fuentes supletorias o complementarias del derecho, tales como los usos y costumbres, la doctrina nacional, etc.

Estas dificultades, de fácil superación, palidecen ante el marco político-doctrinal de nuestro proceso codificador que se refiere a las tradicionales divergencias entre los ordenamientos jurídicos del continente. Si estos aspectos divergentes se presentan aún hoy en los países latinoamericanos, herederos de la tradición romanista, son aún mayores entre los países latinos y los del common law, ya que se intensifican debido a los problemas lingüísticos, a la diferente técnica jurídica, etc.²⁸ Para superar estas diferencias se requiere una gran dosis de

26 .- Marcelo Solari: Pactos Procesales de la Paz, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1986, p. 19 y ss., especialmente note (22).

27 .- Juergen Samtleben: Neue Interamerikanische...op. cit., pp. 82-84.

28 .- La ardua labor desempeñada por la O. E. A. que persigue una unificación

voluntad y el convencimiento que la unificación jurídica es el fundamento de la integración continental.

Es prematuro formular observaciones sobre las dificultades que pudieren surgir en la aplicación práctica de las Convenciones, debido a escasa información de nuestra doctrina y falta del seguimiento necesario.²⁹ La dificultad fundamental podría surgir de la insuficiente preparación de los jueces en la materia de Derecho Internacional Privado, debido a la estructura de nuestros estudios jurídicos y a los diversos criterios interpretativos que podrán tener los tribunales en la aplicación de la misma norma convencional. Para subsanar estas dificultades y facilitar la aplicación de las convenciones interamericanas debería crearse en los Estados partes una jurisdicción especial o, por lo menos, una sala especial en un tribunal ya existente que cuente con jueces preparados y que puedan desarrollar y uniformar modernas soluciones consagradas en las convenciones.

Un aspecto técnico-jurídico ayudaría en la difícil tarea interpretativa a cargo de los jueces: la inclusión en cada convención de normas de calificación autónoma. Si bien en algunos textos ya disponemos de ellas, aún resultan insuficientes.³⁰ La existencia de esta calificación autónoma evitaría que los jueces caigan en parroquialismos ya superados y califiquen de acuerdo a la *lex fori*, poniendo en peligro la unidad interpretativa de las convenciones.³¹

La CIDIP, como órgano de la O.E.A., esta consciente de todas las dificultades que confronta el proceso codificador en materia de Derecho Internacional Privado y emprende las medidas necesarias para allanar el camino. Sin temor a equivocarnos, podemos afirmar que muchas de estas dificultades están en vía de superación.

5.9.1. Perspectivas Futuras

El hecho de que la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado tiene en su haber veinte años de existencia y la exitosa realización de cinco conferencias, en las cuales se suscribieron veintitrés Convenciones y dos Protocolos, es el mejor argumento a favor de la necesidad

jurídica entre los países de tradición latina y los del sistema anglosajón, es muy encomiable.

- 29 .- La Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA podría tener a su cargo este seguimiento.
- 30 .- Por ejemplo., la Convención Interamericana sobre Sociedades Mercantiles (1977), art. 1; la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, art. 2.
- 31 .- Entre otros, Tatiana B. de Maekelt: Normas Generales op.cit., pp 179-185 y la bibliografía citada.

de aunar esfuerzos para que esta etapa codificadora se convierta en una actividad permanente. Son diversas las posibilidades de asegurarla: desde la constitución de una secretaria independiente hasta la creación de una unidad dentro del Departamento de Codificación de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos. Cualquier nombre o iniciativa son válidos, siempre y cuando se asegure una seria preparación de las conferencias; la redacción de proyectos, con la colaboración del Comité Jurídico Interamericano y de las reuniones de expertos; el seguimiento de su aplicación práctica y el análisis de los problemas que esta suscita; la evaluación continua de la respectiva jurisprudencia; la amplia divulgación de sus textos para facilitar y vigorizar las ratificaciones. Es evidente que el éxito obtenido hasta ahora debe servir de aliciente para detectar y corregir errores, para mejorar la calidad de los proyectos, usando la experiencia de otras regiones y de organismos internacionales, manteniendo la identidad americana en aquellos elementos que verdaderamente lo ameriten. Pero el éxito obtenido también obliga a continuar el camino. Especialmente, porque América ya ha encontrado una solución de compromiso entre el idealismo próximo a la fantasía y el pragmatismo real que le permite encaminar su proceso codificador hacia un futuro promisor.³²

Si bien es verdad que se habla y se comenta con frecuencia el papel de la OEA en la actividad jurídica continental, pocas veces existe un verdadero interés para promover esa codificación. Lo lamentable de la ausencia del interés de la OEA por el proceso codificador, especialmente en materia de DIP, se refleja en la lentitud de los trabajos preparatorios para la CIDIP VI. Esta ha debido llevarse a cabo el año 1999, a más tardar, ya que la última, la CIDIP V, tuvo lugar en México en el año 1994. Sin embargo, por las informaciones que hemos recibido, no hay posibilidad alguna de llevarla a cabo durante este año 1999, sino, tal vez, en el año 2000. La indiferencia de los organismos competentes de la OEA en esta materia se debe, tal vez, a la falta de relevancia política de los temas jurídicos, tal vez porque la materia de DIP se refiere a los particulares y estos, a pesar de todas las proclamaciones y discursos en el sentido contrario, continúan siendo cenicienta de la codificación internacional. Desafortunadamente, se olvida la importancia de la codificación unificada en la eliminación de los obstáculos a la integración, a pesar de que esta última es la bandera de nuestros organismos regionales y subregionales.

32.- Juergen Samileben: Neue Interamerikanische Konventionen zum Internationalen Privatrecht, Rabelsz, 1992, cuaderno 1, p. 86.