

Un derecho moderno para un comercio globalizado

Congreso en celebración del 40 período de sesiones anual de la CNUDMI
Viena, 9 a 12 de julio 2007

REF.: PROCESS AND METHODS OF INTERNATIONAL RULE-MAKING

KEY-NOTE ADDRESS

Palabras preliminares

Al agradecer al UNCITRAL y en particular a su Secretario Mr. Jernej Sekolec por su invitación a participar en este Congreso, extendiendo a todos ustedes un respetuoso saludo y asumo con la responsabilidad que al caso corresponde, la misión de abrir la reunión que cuenta con tan relevantes expositores.

Señoras, señores: si el sentido de mi intervención es proponer unos temas y cuestiones para la reflexión y el debate de la Round-Table, acaso una metodología posible fuere la de plantear bajo forma de preguntas o interrogantes algunos puntos que juzgamos necesarios a la hora de identificar el proceso y método legislativo de las reglas internacionales en el ámbito del comercio global.

Por estrictas razones de forzosa síntesis y atento a la naturaleza y objetivos del Congreso, me abstendré de confeccionar un estudio de carácter doctrinario del tipo clásico o convencional, para ir directamente a la formulación de tales interrogantes, acompañadas, por cierto, de su fundamentación o pertinencia, en una suerte de cuestionario que partirá de lo más general para arribar a lo específico o particular.

Primera Cuestión

¿La experiencia de UNCITRAL ha sido positiva?

1. La Resolución 2205 (XXI) de 17 de diciembre de 1966 mandató al UNCITRAL para reforzar la progresiva armonización y unificación de la regulación del comercio internacional. Se incluye así las reglas del derecho internacional privado las que tempranamente, en 1947, habían sido señaladas como un capítulo del desarrollo progresivo del derecho internacional que no podría según ese criterio expuesto en la Sexta Comisión, concentrarse exclusivamente en el derecho internacional público.
2. La creación de UNCITRAL no admitiría hoy debate posible; otro punto es determinar si sus planes de trabajo, su agenda, sus temas, sus métodos, en fin, su experiencia práctica y su propio approach han sido los adecuados y, en cualquier caso, si ello, en su conjunto, podría ser mejorado.

Es esta, al menos, nuestra visión a la hora de examinar los objetivos del presente Congreso.

Segunda Cuestión

¿UNCITRAL constituye un instrumento dotado de las competencias y condiciones necesarias para asumir hoy día el reto de la globalización en el ámbito de la regulación del comercio internacional?

1. La propia estructura de nuestro Programa de Trabajo, el de este Congreso, revela a las claras que UNCITRAL no se concibe a sí misma aislado de las demás usinas elaboradoras del nuevo e inaplazable derecho internacional para el tráfico externo, el que debe adaptarse a la evolución de la comunidad internacional.

La presencia aquí de UNCTAD, LA HAYA, UNIDROIT y de nosotros mismos como la ALADI, demuestra que UNCITRAL quiere seguir el camino de la coordinación y cooperación, la que abarca tanto a los Estados como a las demás organizaciones, sean éstas universales o regionales.

2. Bastaría aquí con recordar que los efectos de la globalización sobre el derecho internacional privado ha sido tema específico de autores varios de los que me limitaría a citar sumariamente algunos de los que han publicado trabajos más recientes: Jurgén BASEDOW (Worldwide Harmonization of Private Law and Regional Economic Integration – General Report, en Revue de Droit Uniforme – UNIDROIT, 2003-1/2); Spiros V. BAZINAS (Harmonization of International and Regional Trade Law: the UNCITRAL Experience – Ibid, ps. 53-62); Eric LOQUIN (Les Regles Matérielles du Commerce International – Bulletin du Comité Français de l'Arbitrage, 2005, N° 2, ps. 443-464 Hommage à la mémoire de Philippe Fouchard) etc. Por cierto y con atencencia al UNIDROIT no podríamos omitir el estudio de Herbert KRONKE en ocasión del 75to. Aniversario del UNIDROIT titulado “Harmonisation mondiale de droit privé et intégration regional hypotheses, certitudes et question pendantes”, ibid. Ps. 11-27; también el más reciente de Camilla BAASCH ANDERSEN titulado Defining Uniformity in Law (Revue de Droit Uniforme – UNIDROIT – 2007-1, ps. 5-55).

Y así otros muchos trabajos publicados sobre el Derecho Internacional Privado; su “Espíritu y Método”, de los que destaco, bajo ese título, las Mélanges en l'honneur de Paul LAGARDE (Daloz 2005).

Con vuestra licencia me permitiría citar aquí un artículo de mi autoría titulado El Derecho Internacional Privado en tiempos de Globalización, Año VI, N° 6, 2005, ps. 15-40), sin dejar de reiterar que el presente no pretende ser un trabajo doctrinario sino de contribución al debate de ideas.

3. Globalización (o mundialización, según se prefiera), universalismo y regionalismo, dentro de un enfoque general, aparecen como un hábitat que puede ser conflictivo o armonioso.

Este planteo induce la próxima interrogante.

Tercera Cuestión

Si asumimos como axioma que existe una sociedad globalizada, al menos en ciertos ámbitos como en el económico ¿deberíamos aceptar que ello obliga o determina la producción de normas materiales uniformes para el comercio internacional (LOQUIN, precitado, p.446)? ¿Y esto a cargo de quiénes estaría?

1. La ausencia de un legislador internacional dotado de esa competencia expresa inhibiría una afirmación radical como la que insinúa la pregunta.

En efecto, no existen hoy día agentes públicos –en particular, organizaciones internacionales-, a los que la comunidad internacional, en su conjunto, les haya atribuido de manera exclusiva esa facultad.

Empero, lo cierto es que los operadores o agentes económicos a escala universal tratan de identificar reglas y procedimientos que les provean certezas, previsibilidad, en suma, líneas claras para una acción que tiene por escenario el mercado global, el que, agregado, no se somete en el nivel comercial a orientaciones de tipo filosófico y menos todavía, ideológico. A lo que agregaría que hay instituciones como UNCITRAL, UNIDROIT, LA HAYA, etc., que han tomado a su cargo esta regulación en el ámbito universal dentro de sus propios límites.

2. La pregunta mantendría, por lo tanto, su procedencia en tanto una respuesta afirmativa a ella, estaría dando satisfacción a una necesidad real, fácilmente constatable.

Cabría plantearse aquí la Cuestión de tipo metodológico acerca del modelo normativo que UNCITRAL podría utilizar para dar respuesta formal a esa demanda de regulación que le llega desde el mundo de los negocios.

Postergaré por el momento esta Cuestión para volver más tarde sobre ella, no sin antes afirmar que el derecho internacional privado actual está influenciado no solamente por la mentada globalización de los mercados y la exigencia de normas materiales sino también – y acaso como parte del asunto -, por el cambio producido en el concepto Estado-Nación (relevante, por cierto), así como por los avances indiscutibles de los procesos de integración política y económica, sea como efecto, sea como alternativa a esa globalización. A nivel del MERCOSUR puede consultarse la obra coordinada por el Profesor Diego Fernández Arroyo titulada “Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR” (Zavalía Editor, 2003). Especialmente de dicho jurista destacamos el Capítulo I titulado “Conceptos y problemas básicos del derecho internacional privado”, y de modo particular entre los “fenómenos condicionantes del derecho internacional privado actual”, la Globalización (ps. 59-65).

3. A ninguno de los aquí presentes, todos muy directamente comprometidos con la responsabilidad de entender bien la realidad y de responder a ella, podría escapar que tan titánica labor sin normas universales específicamente legitimantes, implica, por fuerza, abrir la visión, a falta de **governanza** internacional, y profundizar lo posible sobre esa “dimensión transnacional del comercio” para asegurar la transición desde la fuente estatal clásica hacia otra (lex-mercatoria incluida) en proceso de reafirmación y profundización.

Una vez más, soluciones pluralistas ayudan a despejar el horizonte atribuyéndole al aporte que podamos hacer entre todos su debido valor. Esta reflexión nos conduce a la Cuestión siguiente.

Cuarta Cuestión

Siguiendo la propuesta de Basedow de las tres eras en cuanto a las relaciones entre las reglas uniformes nacionales, regionales e internacionales que el autor identifica como las de: a) ocultamiento o disfraz del regionalismo; b) ascenso o rebrote del universalismo, y por último, c) el amanecer del inter-regionalismo (ver op.cit. de Bazinas, p.53, nota 3), podríamos preguntarnos:

¿En cuál de dichas etapas se situaría hoy la labor de UNCITRAL?

1. La discusión acerca del “acaparamiento” (concentración) de tareas en UNCITRAL, planteada en el tiempo de su instalación, creemos sinceramente que está superada en el plano teórico. Empero, en una perspectiva práctica y operativa, es menester reasegurar el llamado “diálogo de fuentes” sólo posible desde una visión incluyente y no excluyente acerca del papel que cabe a cada una de las prealudidas usinas elaboradoras de regulaciones para el comercio internacional. Por lo tanto, el temor indicado, conjurado en el plano teórico, nos obligaría a responder previniendo otros riesgos como los de la reiteración o repetición, el relativo aislamiento de otros procesos codificadores, tal el caso de nuestra Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP), que ya ha cumplido su Sexta Conferencia y se apresta a realizar la Séptima. Cabría subrayar por cierto y de modo fundamental, la coordinación de los trabajos que llevan a cabo en ese campo La Haya y UNIDROIT, y, de suyo, en el plano de la integración, Unión Europea y MERCOSUR, sin excluir, por cierto, la Organización para la Armonización en África del Derecho del Comercio (OHADA), de última generación – 1993 -, que abarca la zona sur del Sahara.
2. Si entendemos con Bazinas (ibid, p. 53), que inter-regionalismo, en rigor, no es diferente de universalismo, se trataría de reconocer los trabajos de nivel regional y buscar los procedimientos más adecuados para hacerlos parte de la labor de UNCITRAL.

La discusión –planteada en algún momento-, acerca de la conveniencia de desarrollar ejercicios regionales y hasta sub-regionales de codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional Privado (esta idea podría ser de aplicación también, en su medida, en el Derecho Internacional Público), creemos que ha sido laudada y la mejor demostración de ello es la nómina de Estados ratificantes, por ej., en el sistema interamericano a través de las CIDIP.

La Cuestión, por lo tanto, es ver de qué manera se puede contribuir al “amanecer” del que nos habla BASEDOW, partiendo del supuesto de hallarse UNCITRAL en esa etapa.

Cabría ahora ver cuáles podrían ser las mejores vías para llevar a cabo tal coordinación, desde una mirada la que ciertamente no ignora la que regularmente efectúa la propia UNCITRAL siempre preocupada, al igual que LA HAYA y UNIDROIT, por evitar la duplicación y consiguiente esterilización y aún dispendio de los siempre limitados recursos disponibles en el área jurídica.

Todo esto sugiere la siguiente Cuestión.

Quinta Cuestión

Si nadie o casi nadie discute la necesidad y conveniencia de reforzar la coordinación y prevenir posibles conflictos inter-secretariales e inter-normativos, cabe preguntarse *¿qué otros esfuerzos deberíamos hacer expertos y gobiernos para que las organizaciones regionales y universales en las que trabajamos y de las que formamos parte puedan alcanzar un grado superior al de hoy día en el trabajo conjunto?*

1. Lo primero, por supuesto, es que todos nos mantengamos recíproca y debidamente informados acerca de nuestras respectivas agendas y programas de trabajo, lo cual se ve muy facilitado por la vía electrónica. Disponer también de una suerte de relato o resumen ejecutivo que de cuenta de los objetivos y expectativas de los diversos temas, contribuiría a prestarle una más atenta y específica dedicación a UNCITRAL u otros.
2. Luego, conviene tener presente que el diferente tipo normativo que emplea UNCITRAL (convenciones, leyes modelo, reglamentos, guías) habilita un diferente grado de inserción de los Estados en la construcción de los consensos o definiciones necesarios para ponerlos en vigor.

También es evidente que el papel de los gobiernos y de los operadores económicos es variable según el tipo normativo del que estemos tratando.

Así, en algunos casos como los Incoterm o los Principios de UNIDROIT, ellos se basan en las prácticas contractuales así como en su recepción por los tribunales arbitrales en general.

3. Otro aspecto a considerar es la membresía de la UNCITRAL, que más allá de su representatividad y legitimidad –indiscutibles-, requiere de una “mundialización” marcada en su origen por la presencia de las economías mayores y dentro de un relativo margen de influencia para las restantes.

Esta observación no reposa en un sustento filosófico-político ni tampoco ideológico, sino que describe realidades y posibilidades. En efecto, es notorio que para muchos Estados resulta materialmente imposible acreditar delegados en los múltiples grupos de trabajo a los que convoca UNCITRAL; sucede algo similar con UNIDROIT.

En todo caso, no se trata de una crítica sino de una verificación.

El punto de cómo lidiar con ella es el que nos preocupa y quizás este pudiere ser un buen momento para tratar el asunto sin prejuicios ni complejos.

4. Si bien en términos generales la apertura de UNCITRAL a los observadores institucionales (caso Unión Europea) es vista muy positivamente, ello sirve también para ratificar las mayores posibilidades de una regiones sobre otras.

Correctivos óptimos para superar esta situación quizás no existan, pero lo que parece claro, al final del día, es que desde 1966 hasta la fecha el trabajo más exitoso de UNCITRAL ha sido el que ha podido responder a las lúcidas preguntas de A. FARNSWORTH cuando en 1972 (primeros años de UNCITRAL) se interrogaba así: “UNCITRAL – Why? What? When? (puede verse para los primeros 25 años de UNCITRAL (CNUDMI) en las Terceras Jornadas de Derecho Internacional Privado, San Lorenzo del Escorial, 1991, el Capítulo destinado a “LA UNCITRAL”: Balance de 25 años de

Codificación –Derecho del Comercio Internacional” (Publ. Del Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande –ps. 73-170, en las que aparece registrada tan elocuente cita por Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, p.95, nota 1).

5. La Convención de Naciones Unidas (UNCITRAL) sobre Contratos de Venta Internacional de Mercaderías de 1980 (LUV, en la jerga corriente) y la Ley Modelo de UNCITRAL para el Arbitraje Comercial Internacional de 1985, constituyen excelentes ejemplos de cómo se puede lograr positivos resultados y captar la aceptación y voluntad de particulares y Estados cuando se abordan asuntos cuya regulación resulta ineludible. Además ha quedado así probada la viabilidad de diferentes métodos normativos, tema técnico no menor, sin duda.
6. Un punto en el que valdría la pena detenerse tiene que ver con los diferentes tipos de organizaciones regionales que participan bajo ciertas condiciones en el empeño de UNCITRAL. Si tomamos como ejemplo la Unión Europea –una vez más-, podemos observar:
 - a. se trata de una organización supranacional cuyos integrantes poseen en muchos casos una doble investidura: la de ser Estado Miembro de UNCITRAL y al mismo tiempo de la Unión Europea, acreditada como observadora activa. Con esto es notorio que acrece el grado de influencia;
 - b. por su propia naturaleza, quien actúe por la Unión Europea estará en condiciones de exponer una postura vinculante respecto de sus Estados Miembros;
 - c. en el caso de las organizaciones intergubernamentales, como el MERCOSUR o la ALADI, su carácter intergubernamental no les habilitaría a invocar y sustentar posiciones que supongan contraer compromisos definitivos sino apenas la aceptación provisional de ciertos consensos conceptuales; y
 - d. lo anterior concluye dejando en manos de los Estados de ese segundo tipo de organización, normalmente por mandato constitucional, la facultad de dar o negar su aprobación a lo actuado en UNCITRAL. Y esta es sin duda una dificultad seria.
7. Una corresponsalía activa de UNCITRAL con los Miembros de Naciones Unidas, aunque no limitada a los niveles de representación oficial, sino extendida a una lista calificada de expertos, profesores de las materias involucradas (en especial, Derecho Internacional Privado, Derecho Mercantil Internacional, Derecho de la Integración, Arbitraje, etc.), produciría una red de información e intercambio que no dudo sería de una gran utilidad. Por cierto, no ignoro lo que ya se viene haciendo ni mucho menos la información disponible a nivel de Internet, sino que aludo a otro tipo de comunicación personalizada capaz de suscitar un diálogo cuyo efecto multiplicador en los diferentes niveles –oficial, privado, académico, empresarial, etc.-, es una de las consecuencias posibles.

Sexta Cuestión

Tal como lo indicáramos en el comienzo mismo de esta presentación, no pretendemos hacer aquí un análisis exhaustivo de la obra de UNCITRAL ni tampoco una sistematización de contenidos que acaso pueda dimanar de la mesa redonda que estamos abriendo. Así, por ejemplo, no intento aquí registrar todas las técnicas de coordinación ni un inventario de los textos aprobados que supongo conocidos por todos quienes aquí estamos. Tampoco volver a dialectizar sobre universalismo y regionalismo, como un binomio de cuya cohabitación todos somos responsables.

Así acotada la materia, nuestra próxima pregunta tendrá que ver con la tipología normativa empleada por UNCITRAL.

En este sentido, ¿las leyes modelo, las convenciones y las guías legislativas, tienen todas las mismas posibilidades de recepción por los agentes privados y públicos?

1. Las leyes modelo (la ley tipo de 1985 sobre arbitraje, la de comercio electrónico, por ejemplo, y la denominada Model Law on Cross Border Insolvency), en tanto abarcan el comercio internacional en áreas muy específicas, demandan la atención de sectores de producción e industria que por la vía de

su incorporación a las regulaciones contractuales las vuelven imperativas teniendo como fundamento el señorío de la voluntad de las partes o libertad de contratar. Siendo normas ajenas a las partes, éstas las hacen suyas.

Un punto interesante aquí es el de la revisión de las Leyes Modelo como lo muestra por ejemplo la proposición de artículos sobre Arbitraje Comercial Internacional (ver Res. 61/33 de la Asamblea General de Naciones Unidas y artículos revisados en doc. A/61/17), que incluye, entre otros, el muy opinable tema de las medidas cautelares en el arbitraje, así como habilita criterios de interpretación de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Naciones Unidas, New York, 1958).

Más allá del mérito intrínseco de la revisión, el carácter abierto del texto es subrayable desde una visión metodológica de flexibilidad atenta a los datos de la realidad y desde una perspectiva de modernización a la que se ha sumado la propia Asamblea General en la precitada Resolución 61/33 (18.12.06).

2. Las convenciones, esencialmente elaboradas en base a normas materiales, procuran satisfacer las necesidades del comercio internacional, que no es exactamente lo mismo que los comerciantes, desde que los llamados “objetivos comunes” o, para otros, el “interés general”, y aún, el orden público, son límites que no aparecen cuando lo único que cuenta es la autonomía de las partes. Esta, sin embargo, aún en presencia de una Convención como la de Venta del 80, podría actuar para excluir su aplicación (art. 9-2), para remitirse a ciertos usos conocidos y regularmente aplicados.

Del modo antes indicado se advierte una flexibilidad propia de la comunidad internacional de los comerciantes, lo que ha permitido a la doctrina reconocer tales usos y su práctica contractual como una normatividad que los jueces y árbitros tornarían obligatoria.

Sin perjuicio de todo lo anterior y más allá del hontanar que haya servido de base a la elaboración de la LUV, lo concreto es que el método utilizado –normas materiales vinculantes-, ha sido plenamente exitoso.

Una observación adicional: los ratificantes pertenecen a familias jurídicas diferentes y abarcan los diferentes sistemas económicos, dando prueba así de la universalidad de las soluciones adoptadas. Sin ignorar, por cierto, que la influencia de la LUV sobre las legislaciones de los Estados, especialmente relevante en los no ratificantes, es comprobable.

3. Las guías legislativas, por su parte, es otra de las modalidades utilizadas por UNICTRAL, que bajo forma de orientaciones o recomendaciones pueden tener efectos sobre la legislación nacional y aún sobre la regional.
4. En suma: muy sumariamente, por cierto, anótanse las diferentes posibilidades que se abren según el tipo normativo escogido por UNCITRAL. Esto da cuenta también de un alto grado de flexibilidad y en lo que hace específicamente a la LUV, tal como lo señala LOQUIN, sus rasgos dominantes son el sincretismo de las soluciones al recurrirse a reglas emergentes de diferentes sistemas jurídicos, el utilitarismo, por tratarse de las reglas que mejor se adaptan a la práctica contractual y, por último, su efectividad, como lo muestra su acogida por los tribunales judiciales y arbitrales (ibid. p.55). Sin dejar de mencionar aquí la extensión de la aplicación de la LUV fuera de su ámbito original de aplicación por imperio de la voluntad de las partes y aún a falta de selección de la LUV, por medio de la decisión de los árbitros. (Loquin, ibid., p.455).

Séptima Cuestión

Si bien hasta este momento hemos planteado cuestiones o interrogantes acerca de un tipo normativo dominante, el de las normas materiales uniformes, propias del commercium internacional del que nos habló tempranamente (década del 40) nuestro inolvidable maestro Quintín ALFONSÍN (Teoría General de Derecho Privado Internacional – Edit. Idea, 1982 – 2ª Ed.), es forzoso tener en cuenta las normas de conflicto o clásicas, a las que se muestran poco apegados los agentes centrales del tráfico externo y, por cierto, legislaciones modernas predominantes.

Entonces, cabe la siguiente pregunta:

***¿Qué papel debería reservarle UNCITRAL a las normas de conflicto?
¿Será apenas una “muleta”, como no sin cierto aire peyorativo se las ha bautizado?***

1. Cabría recordar aquí que si hablamos de la efectividad del derecho material creado por UNCITRAL (u otros mecanismos productores de normas materiales uniformes), y la miramos desde la perspectiva de los Estados, se hace necesario la incorporación de aquél al orden jurídico de estos últimos si se desea alcanzar su obligatoriedad.

A título de ejemplo baste con citar la Convención de Viena (LUV, en nuestra referencia), cuya ratificación por un Estado (y son 71 los ratificantes a la fecha) obliga a éste a aplicarla tanto respecto de los casos en los que ambos Estados (afectados por la relación jurídica de que se trate) sean Partes de esa ley uniforme, como en aquellos casos en que el Estado a cuya ley se remite la solución conflictual así lo ordene aún cuando el otro Estado no hubiere ratificado la Convención.

Queda de relieve de este modo el servicio que la norma formal le presta a la norma sustancial, sin la cual en el caso propuesto esta última no sería de aplicación.

2. De igual modo, cabe reconocer la aplicación de la LUV cuando las Partes hubieren elegido la ley de un Estado no contratante dentro del legítimo ejercicio de la autonomía de la voluntad. Igualmente, la Convención será de aplicación con base en la localización de las partes contratantes aunque la norma de conflicto del Derecho Internacional Privado señale como ley aplicable la del lugar de cumplimiento del contrato o el de celebración de éste y cualquiera de ambos esté situado en un Estado no contratante.

En el último de los casos que se viene de mencionar, tendríamos un derecho material uniforme que se le aplicaría con independencia de la ley reguladora por el Derecho Internacional Privado del respectivo contrato (estos ejemplos, que exponemos en nuestras clases, son propuestos por el precitado LOQUIN en el ya referido estudio, p.456).

3. Podría afirmarse con base en lo anterior el pluralismo metodológico lo cual no resta valor al enfoque sustancialista sino que lo viabiliza.

Octava Cuestión

La consideración del moderno derecho uniforme nos llevaría a pensar que estamos en condiciones de adoptarlo como una disciplina o teoría común en el marco de la globalización o, para decirlo de otro modo, en lo que Ulrich BECK ha llamado la “Cosmopolitan Vision” (aunque el autor niegue a Europa la posibilidad de alcanzar nunca un proyecto nacional homogéneo (ver espec. P. 173 de la obra del título precedente, p. 173; Polito Press, 2006). Acaso más modestamente Camila BAASCH (obra ya citada), prefiere definir la uniformidad –en una perspectiva esencialmente jurídica y menos sociológica- de una manera práctica, de tal forma de poder así abarcar los diferentes derechos uniformes (así lo registra en el resumen de su trabajo *The Uniformity of the International Sales Law* citado en estudio contenido en la *Revue de Droit Uniforme*, 2007-1, p. 54). Acorde a este marco y sin olvidar lo que al respecto ha dicho un ex Secretario de UNCITRAL (John HONNOLD) al señalar como objetivos de la “unificación” a) la claridad; b) la flexibilidad; c) la modernización y d) la equidad o justicia y, a modo de conclusión, podríamos afirmar que estos son los verdaderos fines de UNCITRAL (Congreso de mayo 1992).

En este cuadro de ideas se formula la siguiente Cuestión:

¿Estaríamos hoy día en condiciones de adoptar una disciplina común para el “Moderno Derecho Uniforme”, con la participación de UNCITRAL, UNIDROIT y LA HAYA y de otras instituciones vinculadas a este trabajo?

1. Al formular esta pregunta tenemos muy presente que UNIDROIT, por ej., ha formulado Principios en materia de Contratos Comerciales Internacionales así como sobre el Procedimiento Civil y algunas otras materias no estrictamente mercantiles, como Bienes Culturales, por ejemplo.

Ello marca una diferencia importante entre UNCITRAL y UNIDROIT que tiene que ver mucho más con su respectiva agenda que respecto de sus procedimientos de elaboración legislativa de predilección uniforme.

2. También advertimos que la propia solución conflictualista ya con Eric JAYME, en su Curso de La Haya de 1995, ponía en términos de juicio “la edad de oro de la teoría americana”, reformuladota sin duda de los criterios de localización savigniana –rupturista en buena medida-, judicialista, y con una fuerte apuesta a la dimensión extra-jurídica, sin perjuicio de reconocer la vigencia de buen aparte de proposiciones como la de Brainerd CURRIE con su concepto de los “intereses gubernamentales”.
3. A este cuadro de situación se agrega la Integración Económica Regional, que fuera materia de UNIDROIT en su 75to. Aniversario en el muy valioso Congreso llevado a cabo entonces y recogido en el Vo. VIII – 2003-1/2.

Por lo tanto, la construcción jurídica se ve enriquecida y esto no está exento de complejidad.

4. No sería responsable de mi parte dejar propuesta esta Cuestión sin subrayar la importancia de los Principios (así, con mayúscula) en esa construcción, que jugarían mutatis mutando, un rol similar al que desempeñan en nuestro renovado Derecho Internacional Privado interamericano (obra de CIDIP), Convención de Montevideo sobre Normas Generales (CIDIP II, Montevideo, 1979), que recibiera el indiscutible aporte del Maestro Werner GOLDSCHMIDT.
5. Tampoco sería responsable sino exploráramos juntos ese horizonte al que se nos convoca, profundizando en cuál sería la naturaleza, alcance y objeto de tales Principios.
6. Asumiendo que vemos a UNCITRAL (de similar modo a UNIDROIT y La Haya, a escala universal) y en lo regional a MERCOSUR y OEA (Organización de Estados Americanos, en cuando a Derecho Internacional Privado, a través de la CIDIP), como responsables directos de esta exploración, podríamos partir de un supuesto común: se trata de mirar el Derecho en el Presente y trabajar para construir, sin plazo perentorio, las Nuevas Instituciones que demanda la Globalización, buscando la armonía y consonancia entre Estado y Sociedad, lo que en Derecho Comercial Internacional es tanto como decir, entre el Estado y el Mercado. O mejor todavía, entre sujetos públicos y sociedad civil o, aún, entre órganos oficiales y agentes privados.

Y aquí plantearnos la interrogante: ¿Disponemos hoy de un blindaje de principios generales que confiera a estos empeños un conjunto de categorías conceptuales capaces de resistir la “guerra de investiduras” de disciplinas aledañas o conexas?

7. Al menos, valdría la pena intentarlo a partir de la obra realizada y de las líneas matrices de su construcción, para jerarquizar de una vez, el hoy indiscutible papel de las organizaciones internacionales, cualquiera sea su dimensión o ámbito, cuando son capaces de procesar acuerdos dotados de la fuerza de la razón y el convencimiento.
8. El riesgo del extremismo estatista o privatista está entre nosotros. Las concepciones maniqueistas también suelen arribar al campo del Derecho.

Así por ejemplo, el llamado “derecho de la carta” (¿epifenómeno o patología de una autonomía de la voluntad ilimitada?), como producto de la globalización, comporta la exclusiva atención de cuestiones específicas y propias sin una racional y previsible certeza siempre vinculadas, de un modo u otro, a la esfera estatal como recipiente de un interés general oxigenado por la voluntad general y los sistemas democráticos.

No se trataría, por cierto, de observar la globalización – fenómeno natural en la evolución de la modernidad -, como un enemigo destructor de tradiciones jurídicas consolidadas. Esto sería tan ingenuo como desconocer la necesidad de seguir contando con visiones globales capaces de interpretar el bien común. Y esto no es ideológico en el sentido común del término sino ético y, al final, principio jurídico.

9. El aterrizaje a nivel del tema propuesto no es precisamente un “soft landing”, pues toda vez que se lanza una consulta como la presente, todos tenemos la obligación de no privarnos del ejercicio de la libertad de propuesta bajo la sola condición de reposar en fundamentos racionales. En este sentido, hacemos nuestra la proposición de BASEDOW de las tres fases y en particular su advertencia acerca de los problemas que se derivan de adjudicar a las diferentes organizaciones – incluidas las regionales -, la tarea de descubrir el “border line” entre las situaciones internas y las “international fact situations”, a las que apunten las leyes uniformes (ver sobre este punto, espec. p.49, Revue UNIDROIT, 2003-1/2). Simpatizamos mucho, por cierto, con BASEDOW cuando afirma que la admisión de las organizaciones regionales en las universales va a permitir adoptar un nuevo rol en la “global lawmaking” (ibid, p.44), así como también con su idea de constituir un grupo de trabajo de las organizaciones internacionales encargadas de la legislación uniforme. Esto ayudaría a una mejor sintonía entre legislación privada mundial e integración regional, entre otras.

Novena Cuestión

Los vínculos entre la globalización y la legislación uniforme parecen bastante claros, aunque no podemos afirmar que ésta tiene por único o exclusivo fin, servir a aquélla.

Varias de las Cuestiones planteadas revelan que la selección del método de la uniformidad responde a la necesidad de avanzar en los conceptos de previsibilidad y certidumbre como rasgos connaturales al derecho del comercio internacional, más allá de teorizaciones, válidas por cierto. Por otra parte, varias podrían ser las formas de observar la tan mentada globalidad. Si bien por la naturaleza de esta reunión nos concentramos en los aspectos jurídicos, es notorio que otros y variados son los campos en que esa globalización se expresa (financiero, económico, científico, cultural, etc.).

En esta parte de nuestro planteo quisiera retomar las relaciones de UNCITRAL con nuestra CIDIP a fin de demostrar cuál es el tipo de influencia que esta última recibe de la primera.

Cabría entonces formular la Cuestión de esta manera:

¿De qué manera influyen los trabajos de UNCITRAL sobre los que lleva a cabo la CIDIP?

A título informativo cabría considerar lo siguiente:

1. En el año 2001 UNCITRAL, tras un largo proceso de elaboración, aprobó una convención sobre Cesión de Créditos la que tiene por finalidad ayudar al uso del crédito a nivel internacional como medio de financiamiento. Esta Convención fue adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas (Res. AG 56/81) y quedó abierta a la firma de los Estados Miembros.
2. En la CIDIP V (México, 1994) se resolvió incluir en la agenda de trabajo “los problemas de Derecho Internacional Privado sobre los contratos de préstamo internacionales de naturaleza privada” y “la uniformidad y armonización de los sistemas de garantías comerciales y financieras internacionales” (ver detalle en un trabajo de Diego FERNÁNDEZ ARROYO bajo el título Globalización y Derecho – El Caso de la Reglamentación Internacional de las Garantías Mobiliarias – Edit. COLEX, ps. 279-312).
3. En el año 2002 la CIDIP VI (Washington D.C.), que tuviera el honor de presidir, aprobó la Ley Modelo Interamericana sobre garantías mobiliarias.
4. Tanto el trabajo de UNCITRAL como el de CIDIP encuentran antecedentes en el Convenio sobre Equipos Móviles de UNIDROIT.

En suma: adviértese una concurrencia de acciones legislativas, internacionales unas, regionales otras, a lo que habría que agregar la mención de dispositivos en las propias convenciones –tal el caso de la Convención sobre Cesión de Créditos-, al autorizar a los Estados Partes a declarar “en cualquier momento” la inaplicabilidad de una parte de su plexo normativo. Al decir de JAYME, estaríamos aquí en pleno “diálogo de fuentes”.

Asimismo, el escenario regional resulta muy propicio en ciertos casos para impulsar desde él la adopción de normas nacionales. Tal el caso de la CIDIP VI con su Res. 6/02 por la que recomienda a los Estados Miembros de la OEA la aprobación de reglas sobre comercio electrónico y firmas electrónicas compatibles con las Leyes Modelo de 1996 y 2001.

Décima Cuestión

El examen de las legislaciones nacionales del Derecho Internacional Privado de diversos países muestra a las claras la influencia que sobre ellas han tenido las normativas dimanadas de UNCITRAL.

A título de ejemplo bastaría la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 que ha servido de base a la promulgación de leyes sobre el tema en más de cincuenta países y en varios Estados de los Estados Unidos de América. Cuatro de dichos países son países miembros de la ALADI (Chile, México, Paraguay y Perú).

Podría agregar en lo que a mi país (Uruguay) refiere, que se halla a consideración del Parlamento el respecto proyecto de Ley que transcribe en su casi totalidad la aludida Ley Modelo.

Pero además de todo lo anterior, se advierte una muy fuerte influencia de la legislación uniforme y de suyo, de las reglas materiales, en las Leyes Generales de Derecho Internacional Privado.

Así en lo que refiere a Uruguay, se ha proyectado una Ley General de Derecho Internacional Privado en la que se consagra el principio de la Especialidad del Derecho Comercial Internacional (art. 12), reconociéndose como fuentes, “entre otras, la práctica o costumbre en la materia, los principios generales aplicables a los contratos comerciales internacionales, y la jurisprudencia de tribunales ordinarios o arbitrales” (12.2).

Podríamos preguntarnos:

¿Evalúa UNCITRAL su influencia sobre las legislaciones nacionales?

1. Esta reunión que estamos manteniendo generosamente invitados por UNCITRAL puede, de un modo u otro, actuar como una instancia de examen de lo actuado, sus orientaciones, las posibilidades, su temario, etc., y, sobre todo, los procedimientos para situar la legislación uniforme en sintonía con el interés y proyectos de los Estados.
2. La constitución de un grupo de carácter académico, con especialización en la materia podría ser un instrumento útil a estos efectos. La elaboración de un cuestionario podría ayudar a este objetivo.

Otras Cuestiones

1. Naturalmente, nuestra tendencia a provocar el diálogo no equivale a afirmar la pertinencia de las Cuestiones planteadas. Empero, estamos en condiciones de reafirmar una convicción: hay un fenómeno de “comercialización” y de “privatización” en los procesos de codificación legislativa internacional, al que no son ajenos ninguna de las instituciones envueltas en él, llámese UNCITRAL, UNIDROIT, LA HAYA o CIDIP.

Todo ello, además, en un marco de globalización que no debería ser asumida sino como un dato de la realidad aunque inexorable, al menos en el terreno jurídico en el cual el regionalismo y a su turno el arbitraje podrían jugar un papel morigerador.

2. Esa globalización está asegurada en el presente caso con la presencia del BANCO MUNDIAL y de la UNCTAD, instituciones por las que guardo el mayor respeto, por encima de la no coincidencia en todos sus diagnósticos.

Para el caso específico de la UNCTAD no podría dejar de consignar que mucho valora la ALADI y yo mismo, personalmente, los continuos y profundos proyectos de cooperación que en las áreas del comercio internacional (comercio de servicios, entre otros) mantenemos y desarrollamos en Montevideo y en Ginebra. De este modo la UNCTAD, al impulso de mi amigo SUPACHAI, ha querido poner a disposición de la ALADI una ayuda técnica que va en el camino del diálogo internacional siempre constructivo, propio de la modernidad, sin prejuicios conceptuales ni límites auto-impuestos.

3. Otras varias constancias podrían agregarse a éstas pero ese no es el objetivo.

El objetivo, para nosotros, es el de abrir este intercambio, con la disponibilidad de espíritu necesaria para regresar a Montevideo, sede del MERCOSUR y de la ALADI, con más y mejor información y, sobre todo, con aquellas nuevas ideas que nuestra creatividad sea capaz de dar a luz.

Montevideo, 5 de julio de 2007

Prof. Dr. Didier Operti Badán
Secretario General de la ALADI (*)
Catedrático de Derecho Internacional Privado
Ex – Ministro de Relaciones Exteriores de Uruguay (1998-2005)

(*) Este documento fue elaborado por el Dr. Didier Operti Badán. Los conceptos vertidos en el mismo son de exclusiva responsabilidad del autor y no reflejan necesariamente los criterios de la Secretaría General de la ALADI.