

## EL PROCESO ACTUAL DE ARMONIZACIÓN Y UNIFORMIDAD LEGISLATIVA

Jorge Antonio SÁNCHEZ CORDERO\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El contexto histórico*. III. *El origen de las nociones de armonización y de uniformidad*. IV. *Consideraciones generales*.

### I. INTRODUCCIÓN

Es un lugar común hablar del fenómeno de la globalización que ha sido propiciado por los recientes cambios tecnológicos y económicos; estos cambios tecnológicos previsiblemente continuarán sucediéndose,<sup>1</sup> y con ellos se acendrará la globalización. No lo es tanto, empero, el análisis sistemático de la inflexión que este proceso ha provocado en los sistemas de legalidad que coexisten en regiones de libre comercio en donde el intercambio comercial y la permeabilidad social es particularmente intensa.<sup>2</sup>

Por ello, resulta de una gran relevancia poder confrontar las experiencias recientes que en materia de armonización y de legislación uniforme se han sucedido a nivel universal. Se puede mencionar singularmente en esta tendencia a la Comunidad de Estados Independientes, cuyo eje central es la Federación Rusa, a los Estados Unidos de América y a la

\* Jorge Sánchez Cordero es doctor en derecho por la Universidad Panteón-Assas, miembro del American Law Institute y vicepresidente del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit).

<sup>1</sup> Basedow, Jürgen, “General Report. Worldwide Harmonization of Private Law and Regional Economic Integration”, *Uniform Law Review*, Unidroit, NS, 2003, vol. VIII, 1/2, p. 36.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

República Popular China, cuyas experiencias son particularmente interesantes ya que son regiones y Estados que desarrollan sus reglas comerciales en contextos socio-culturales radicalmente diferentes. En la misma forma destaca el caso de la Unión Europea; como es bien sabido la Unión Europea es un conglomerado de Estados nacionales, cuya diversidad se explica por su arraigo a una pluralidad de tradiciones jurídicas nacionales, pero en donde se puede fácilmente identificar actualmente un gran ímpetu en la uniformidad legislativa.<sup>3</sup> En esta tendencia resulta un lugar obligado mencionar también a la región de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC). En esta última región no se han registrado aún movimientos significativos de uniformidad legislativa, en gran medida debido a que está constituida por un número de Estados nacionales con estructuras socio-económicas y tradiciones jurídicas sustancialmente diferentes.

Existen empero, esfuerzos aislados en los que puede percibirse los primeros intentos en esta tendencia. El Consejo de Cooperación Económica del Pacífico (PECC), que agrupa veinte Estados nacionales del área, es un organismo independiente no gubernamental asociado a la APEC, en calidad de observador, que fue fundado en 1980, con un secretariado permanente en Singapur desde 1990. El PECC opera a través de comités nacionales de composición tripartita: hombres de negocios, académicos y oficiales gubernamentales; su función es promover la cooperación, el intercambio de información y el análisis de casos prácticos. En mayo de 1992 el PECC propuso una mayor cooperación regional en la armonización del derecho mercantil internacional en la región del pacífico. Los objetivos son claros: la reducción de costos en operaciones transfronterizas, una aceleración en el movimiento de armonización en la región y un estímulo al comercio e inversión inter-regional.<sup>4</sup>

En nuestro continente se registran igualmente la emergencia de un número significativo de regiones comerciales, tales como la región del Tra-

<sup>3</sup> Bonell, Michael Joachim, “Modernisation and harmonization of contract law: objectives, methods and scope”, *Uniform Law Review*, NS, vol. VIII, 2003, 1/2, p. 91.

<sup>4</sup> Rose, A. O. y Alan, D., “The challenges for Uniform Law in the Twenty-First Century”, *Uniform Law Review*, Unidroit, vol. 1, 1996, 1, p. 9.

tado de Libre Comercio de América del Norte,<sup>5</sup> el Mercado Común Centro americano, el Mercosur,<sup>6</sup> entre otros.

Finalmente, en el continente africano figura en primer término la Organización Región de Estados Franco Parlantes para la uniformidad Legislativa Mercantil (OHADA).<sup>7</sup>

En este recuento sinóptico, la comunidad internacional se visualiza como un mosaico muy complejo de sistemas legales que responden a tradiciones jurídicas muy diversas; para proporcionar a nuestro análisis una mejor perspectiva e introducir un elemento de orden, es indispensable tener presente una clasificación de principio de los diferentes sistemas de legalidad. Actualmente pueden reconocerse en la comunidad internacional ocho grupos diferentes de sistemas de legalidad,<sup>8</sup> que responden a los mismos fundamentos legales en donde se destaca el número de jurisdicciones, con indicación del número aproximado de habitantes que comprenden y su consecuente porcentaje estimado en la población mundial.

- a) El sistema jurídico tradicional inglés-americano del *common law*,<sup>9</sup> cuenta con 146 diferentes jurisdicciones con una población estimada de 1,797 millones de habitantes que representan el 33.4% de la totalidad de la población mundial.<sup>10</sup>

<sup>5</sup> El Tratado de Libre Comercio de América del Norte fue firmado el 17 de diciembre de 1992 y publicado en los *Diarios Oficiales de la Federación* de fechas 20, 21 y 27 de diciembre de 1993, respectivamente, y entró en vigor el 1o. de enero de 1994.

<sup>6</sup> El Mercosur se constituyó por el Tratado firmado en la Ciudad de la Asunción el 26 de marzo de 1991 entre los Estados nacionales de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

<sup>7</sup> L'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, fue fundada mediante el tratado firmado en octubre de 1993 en Port Louis, Islas Mauricio, y entró en vigor en septiembre de 1995. Al 31 de diciembre del 2000 ha sido ratificado por 16 países que son: Guinea-Bissau; Senegal; República Centroafricana; Mali; Comoras; Burkina Faso; Benín; Nigeria; Costa de Marfil; Camerún; Togo; Chad; Congo; Gabón; Guinea Ecuatorial y Guinea.

<sup>8</sup> Rose A. O. y Alan, D., *op. cit.*, nota 4, p. 10.

<sup>9</sup> Los Estados Unidos de América, Australia y el Canadá se contabilizan cada uno en lo individual.

<sup>10</sup> Las jurisdicciones que comprenden este grupo son las siguientes: Anguilla; Antigua y Barbuda; Australia; Bahamas; Bangladesh; Barbados; Belize; Bermuda; Territorio Británico del Océano Índico; Brunei Darussalam; Burma; Canadá (con exclusión de Quebec); Islas Caymán; Islas Navidad/Cocos ( Islas Keeling); Islas Cook; Chipre; Dominica; Inglaterra; Islas Falkland; Fiji; Gambia; Ghana; Gibraltar; Granada; Guyana; Hong

- b) El sistema jurídico mixto romano-*common law* comprende 15 jurisdicciones con un total de 243 millones de habitantes que significan el 4.5% de la totalidad de la población mundial.<sup>11</sup>
- c) El sistema germánico-escandinavo con 13 jurisdicciones que abarca 360 millones de habitantes y representan un total de 6.7% de la población mundial.<sup>12</sup>
- d) El sistema mixto franco-latino germánico con 13 jurisdicciones en la que se agrupan 279 millones de habitantes que significan el 5.2% del total de la población mundial.<sup>13</sup>
- e) El sistema franco-latino con 76 jurisdicciones que comprenden 982 millones de habitantes cuyo porcentaje es de 18.3% del total de la población mundial.<sup>14</sup>

Kong; Irlanda del Norte; República de Irlanda; Isla del Hombre; Israel; Jamaica; Kenya; Kiribati; Malawi; Malasia; Montserrat; Nauru; Nueva Zelandia; Nigeria; Niue; Islas Norfolk; Pakistán; Papua Nueva Guinea; Islas Pitcairn; Seychelles; Sierra Leona; Singapur; Islas Solomón; Santa Helena; San Kitts y Nevis; Santa Lucía; San Vicente y las Granadinas; Sudán; Tanzania; Tokelau; Tonga; Trinidad y Tobago; Islas Turcas y Caicos; Tuvalu; Uganda; Vanuatu; Islas Vírgenes Británicas; Samoa Occidental; Zambia; Samoa Americana; Guam; Islas Johnston y Sand ; Liberia; Islas Marshall e Isla Wake.

<sup>11</sup> Las jurisdicciones que comprenden este grupo son las siguientes: Alderney y Sark; Botswana; Guernsey; Japón; Jersey; Sud-Korea; Lesotho; Liechtenstein; Mauricio; Namibia; Quebec; Escocia; Sud-Africa; Sri Lanka y Zwazilandia.

<sup>12</sup> Las jurisdicciones que comprenden este grupo son las siguientes: Aruba; Finlandia; Alemania; Islandia; Indonesia; Países Bajos; Noruega; Polonia; Surinam; Suecia; Suiza y Taiwán

<sup>13</sup> Las jurisdicciones que comprenden este grupo son las siguientes: Austria; República Checa; Dinamarca; Islas Faeroe; Groenlandia; Hungría; Italia; Louisiana; Panamá; Filipinas; República Eslovaca ; Tailandia y Turquía.

<sup>14</sup> Las jurisdicciones que comprenden este grupo son las siguientes: Algeria; Andorra; Angola; Argentina; Bélgica; Benin; Bolivia; Brasil; Burkina Faso; Burundi; Camerún; Cabo Verde; República Centroafricana; Chad; Chile; Colombia; Comoras; Congo; Costa Rica; Cuba; Djibouti; República Dominicana; Ecuador; Egipto; El Salvador; Guinea Ecuatorial; Francia; Guyana Francesa; Polinesia; Gabón; Grecia; Guadalupe; Guatemala; Guinea; Guinea-Bissau; Haití; Honduras; Irán; Iraq; Costa de Marfil; Jordania; Líbano; Libia; Luxemburgo; Macao; Madagascar; Mali; Malta; Martinica; Mauritania; Mayotte; México; Mónaco; Marruecos; Mozambique; Nueva Caledonia; Nicaragua; Niger; Paraguay; Perú; Portugal; Puerto Rico; Reunion; Rumania; Ruanda; San Tomé y Príncipe; Senegal; España; San Pierre y Miquelon; Siria; Togo; Túnez; Uruguay; Venezuela; Islas Wallis y Futura, Zaire.

- f) El sistema de jurisdicciones emergentes en el que pueden identificarse un número de 18 jurisdicciones que comprenden 1,488 millones de habitantes que totalizan el 27.7%.<sup>15</sup>
- g) El sistema islámico que cuenta con 14 jurisdicciones que comprenden 108 millones de habitantes totaliza el 2.7% de la población mundial.<sup>16</sup>
- h) Jurisdicciones indiferenciadas entre las que pueden reconocerse 13 jurisdicciones con 116 millones de habitantes que totaliza el 2.2% de la población mundial.<sup>17</sup>

En esta introducción se hará referencia, inicialmente, al contexto histórico en donde se han desarrollado las nociones de armonización y de uniformidad (II. El contexto histórico) y el origen de ambas nociones (III. El origen de las nociones de armonización y de uniformidad), para concluir con algunas consideraciones generales (IV. Consideraciones generales).

## II. EL CONTEXTO HISTÓRICO

Antes de iniciar esta exposición, es conveniente dar cuenta de algunas premisas que pueden coadyuvar a darle claridad a nuestro análisis. Si se recurre a diferentes episodios históricos como referencia, se puede con una mejor perspectiva observar el carácter evolutivo de las nociones de uniformidad y de armonización del derecho. En efecto, estas nociones son sustancialmente diferentes según se desarrolle el análisis a inicios del siglo XX o a principios del XXI. Las nociones de armonización y de uniformidad legal tienen consecuencias legales distintas en escenarios históricos radicalmente diferentes.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Las jurisdicciones que comprenden este grupo son las siguientes: Albania; Armenia; Bielorrusia; Bosnia; Bulgaria; China; Croacia; Estonia; Georgia; Latvia; Lituania; Moldavia; Mongolia; Federación Rusa; Serbia; Eslovenia; Ucrania y Vietnam.

<sup>16</sup> Las jurisdicciones que comprenden este grupo son las siguientes: Afganistán; Azerbaiján; Bahrain; Kazakstán; Kirghistán; Kuwait; Omán; Qatar; Arabia Saudita y Tajikistan.

<sup>17</sup> Las jurisdicciones que comprenden este grupo son las siguientes: Antártica; Bhután; Cambodia; Eritrea; Etiopía; Corea del Norte; Laos; Maldivias; Nepal; San Marino; Somalia; Ciudad del Vaticano y Oeste de Sahara.

<sup>18</sup> Kronke, Herbert, "Unidroit 75th. Anniversary Congress on Worldwide Harmonization of Private Law and Regional Economic Integration: Hypotheses, Certainties and Open Questions", *Uniform Law Review*, UNIDROIT, NS, 2003. vol. VIII, 1 y 2, p. 11.

A fines del siglo XIX e inicios del XX teníamos en el continente europeo un mosaico de países fuertemente independientes; si bien culturalmente homogéneos tenían una propensión comercial de una gran intensidad. De la misma manera en el continente americano era fácilmente perceptible la existencia de dos subsistemas jurídicos claramente definidos; ambos con profundas y afines raíces europeas, pero sustancialmente diferentes en su composición jurídica.<sup>19</sup>

África era una región dominada por el colonialismo y las regiones restantes, Asia y el Pacífico eran nociones geográficas imprecisas que se referían a colonias o bien a Estados independientes que participaban marginalmente tanto en el comercio internacional como en la construcción de la cultura jurídica universal.<sup>20</sup>

### III. EL ORIGEN DE LAS NOCIONES DE ARMONIZACIÓN Y DE UNIFORMIDAD

La tradición y la necesidad de la armonización y de la uniformidad del derecho no son recientes; sus primeros indicios se pueden identificar desde la segunda mitad del siglo XIX en ciertas regiones geográficas específicas. De hecho, los primeros impulsos de la unificación jurídica pueden claramente identificarse en el subsistema jurídico de los países de América Latina; en 1878 se concluye el Tratado de Lima,<sup>21</sup> que nunca entró en vigor, ya que adoptó extrañamente el principio de la nacionalidad como punto de contacto en lo relativo al estado civil y a la capacidad de las personas, contrariamente a la *lex domicilii*, que es el punto de contacto tradicional adoptado en esa época por la mayoría de los países de América del Sur.<sup>22</sup> Este tratado contenía objetivos de codificación bastante comprensivos, entre otros, en el derecho privado, en el derecho in-

<sup>19</sup> *Idem.*

<sup>20</sup> *Idem.*

<sup>21</sup> El Congreso de Lima de 1877-1978, concluyó con el Tratado de Lima firmado por Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, el Perú y Venezuela, pero nunca entró en vigor, ya que únicamente fue ratificado por el Perú. En Pérez Nieto, Leonel, *La tradition territorialiste en droit international privé dans les pays d'Amérique Latine*, Dordrecht, Martines Nijhoff Publishers, 1985, p. 369.

<sup>22</sup> *Idem.*

ternacional privado, y en el derecho de procedimientos civiles.<sup>23</sup> En 1889 en la Conferencia de Montevideo, que se organiza como una secuela de las conferencias diplomáticas de París de 1883 y de Berna de 1886, se firman no menos de ocho convenciones relativas al derecho internacional privado; al procedimiento civil internacional; a los derechos de autor, propiedad artística y literaria; a las marcas y patentes comerciales, al derecho penal internacional; al ejercicio de profesiones liberales y al derecho comercial internacional.<sup>24</sup> No obstante que estos episodios deben ser considerados como casos aislados, en ellos pueden reconocerse ya los primeros indicios de un movimiento de uniformidad legislativa en el continente americano.<sup>25</sup>

Por lo tanto, es válido sostener que las tendencias evolutivas del derecho uniforme en una primera fase, hasta antes de la Segunda Guerra Mundial, eran esencialmente regionales y localizadas ya sea en Europa o bien en el continente americano.

A esto hay que agregar que la nota esencial que gobierna el ánimo de los países Latinoamericanos, era el componente nacionalista. En efecto, en los Estados Latinoamericanos a fines del siglo XIX y principios del siglo XX, dominaba en su ánimo la concepción que su participación en organizaciones internacionales, cuya sede era Europa, limitaría sensiblemente su soberanía, y podría socavar los principios de su legislación nacional.<sup>26</sup> Esta concepción nacionalista, que fue predominante, perduró por un período prolongado y tuvo una repercusión internacional importante. Las tendencias territorialistas en los países de América latina tenían como principal propósito la consolidación de su independencia política a través de la unificación del derecho y la elaboración de textos legislativos nacionales. La aplicación del derecho dentro de los límites del Estado era una *conditio sine qua non* en la salvaguardia de la soberanía nacional y consecuentemente la exclusión de la aplicación del derecho extranjero.

A pesar de la vocación universal formal de los organismos internacionales, en la práctica su actuación fue meramente regional. Esto queda

<sup>23</sup> *Idem.*

<sup>24</sup> Los países participantes en este congreso fueron Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay. Únicamente Chile y Brasil no ratificaron esos tratados. *Idem.*

<sup>25</sup> Basedow, Jürgen, *op. cit.*, nota 1, p. 32. En ese mismo sentido.

<sup>26</sup> *Idem.*

evidenciado con la ratificación o adhesión a los instrumentos internacionales que éstos últimos fomentaban y en donde es fácilmente constatable que escasamente figuran en ellos los países latinoamericanos.<sup>27</sup>

En abono a esta tesis debe, también, tenerse presente las conclusiones, del Congreso de Montevideo de 1889 en cita, que constituyen prueba indubitable de este sentimiento nacionalista; una conclusión de especial relevancia es el rechazo como punto de contacto o conexión contractual posible, el de la nacionalidad y la adopción como tal del domicilio de las partes, del establecimiento, sede o lugar de actuación.<sup>28</sup> En los instrumentos de Montevideo de 1889 se eliminó si no expresamente, sí por exclusión en cuanto al régimen adoptado, el principio de la autonomía de la voluntad como punto de contacto en el vínculo contractual. El argumento de fondo consistió, y así se debatió, que en el comercio internacional prevalecían el poder y la influencia de los agentes económicos internacionales y, consecuentemente, el de sus propios Estados nacionales “... cualquier enfoque del problema que tienda a obviar esta realidad” —se argumentó— “pone en riesgo el interés nacional”.<sup>29</sup> La solución del punto de contacto *lex domicilii*<sup>30</sup> impulsado por el profesor uruguayo Ramírez, consistía, precisamente, en neutralizar la tentativa de las potencias dominantes en el siglo XIX, de obligar a los nuevos Estados nacionales latinoamericanos a aplicar la ley de la nacionalidad y con ello su orden jurídico. El principio de la autonomía de la voluntad en el derecho internacional privado, se estimaba, podía constituir un elemento de dominación. Por ello se llegó a aseverar que la autonomía de la voluntad:

“...no puede ser absoluta, porque no puede ejercitarse contra las prescripciones de orden público relativas a los contratos, y en este caso era indispensable que ese orden público se determinase por una ley, ... y esa ley no podía ser otra que la del cumplimiento de las obligaciones... Si esta ley aceptara la autonomía de la voluntad, ésta debería respetarse, pero si no la aceptara, ninguna relación jurídica podría ser declarada subsistente en con-

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>28</sup> Operti Badán, Didier, “El Estado actual del tratamiento jurídico de los contratos comerciales internacionales en el Continente Americano”, *Los Principios de Unidroit: ¿Un derecho común de los contratos para las Américas?*, Congreso Interamericano, Valencia, Venezuela, Unidroit, noviembre de 1996, p. 32.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 30.

travención a los principios de orden público del lugar del cumplimiento del contrato. En definitiva, la ley que regularía el contrato sería la del lugar de su cumplimiento, y no la que las partes eligieran...”.<sup>31</sup>

Es en esta forma como se adoptó la ley del lugar del cumplimiento o ejecución de las obligaciones, no solamente como la ley que determina el régimen jurídico del contrato, sino como la ley determinante del orden público.

Esta época merece una reflexión final; prevalecía la concepción que la forma de “convenciones internacionales” era la técnica más adecuada para la uniformidad del derecho privado e internacional privado.<sup>32</sup> En efecto, en una comunidad jurídica internacional relativamente pequeña, en cuanto a Estados nacionales participantes se refiere y “civilizada”, las ratificaciones y aprobaciones por los órganos legislativos eran previsibles, así como su entrada en vigor; incluso la conducción de las negociaciones internacionales se desahogaban en ámbitos diferentes.<sup>33</sup> Existe un gran contraste con la época actual en la que existe una verdadera explosión de la participación de Estados nacionales en los foros internacionales y, consecuentemente, en la construcción del orden internacional comercial; esta explosión constituye un elemento cuantitativo que modificó sustancialmente la procedencia misma de la Convención internacional como el vehículo idóneo en la redacción de normas conflictuales y materiales y terminó por cuestionarla.

Después de la Segunda Guerra Mundial la noción de la uniformidad del derecho adquiere un mayor grado de universalidad que cobra auge particularmente a partir de la década de los 70. Las causas son variadas: la mengua de la influencia de las potencias europeas a nivel universal, la emergencia de otras potencias, el surgimiento de decenas de nuevos Estados independientes, entre otros.<sup>34</sup>

Para situar el análisis en perspectiva, la comunidad internacional creció de 58 miembros, que es el mayor número de Estados nacionales registrados en el apogeo de la Liga de las Naciones en 1937, a 184 miem-

<sup>31</sup> *Ibidem*, pp. 33 y 34.

<sup>32</sup> Basedow, Jürgen, “Uniform Law Conventions and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts”, *Uniform Law Review*, Unidroit, NS, vol. V, 2000, 1, p. 129.

<sup>33</sup> *Idem*.

<sup>34</sup> Basedow, Jürgen, *op. cit.*, nota 1, p. 33.

bros en las Naciones Unidas en diciembre de 1995; adicionalmente, existen una serie de micro-estados, tales como Tuvalu y Kiribati en el Pacífico que no son miembros de las Naciones Unidas. En la gran mayoría de estos nuevos estados es el sentimiento nacionalista, el que se refleja en su legislación, independientemente de su legado jurídico; aun así en gran medida su sistema de derecho privado proviene de las antiguas metrópolis coloniales.

Es justamente, después de la Segunda Guerra Mundial cuando los países latinoamericanos y los Estados Unidos de América acceden a los organismos internacionales especializados, como son la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya<sup>35</sup> y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit);<sup>36</sup> es en esta época en donde se crean nuevas organizaciones internacionales *ad hoc* como son entre otras la Organización Marítima Internacional,<sup>37</sup> la Organización para la Aviación Civil Internacional (OACI)<sup>38</sup> y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral),<sup>39</sup> en el sistema de las Naciones Unidas. Es precisamente, en éste último foro en el que se aprueba en Viena, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías que se encuentra en vigor actualmente en 62 países, México incluido, y que comprende las dos terceras partes del comercio mundial. Esta Convención es el primer gran esfuerzo en la sistematización universal de los principios generales de los contratos.<sup>40</sup>

Finalmente, en el último cuarto del siglo XX y el inicio del XXI se han venido reconociendo la emergencia de regiones comerciales; unas perfectamente definidas y otras en vías de estarlo. En efecto, paralelamente a la Unión Europea, epónimo de las regiones comerciales, pueden identificarse la de la Comunidad de los Estados Independientes, la Organización para la Armonización en Africa del Derecho Mercantil (OHADA)<sup>41</sup> y en el conti-

<sup>35</sup> Para mayor información consultase la página [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

<sup>36</sup> Para mayor información consultase la página [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org).

<sup>37</sup> Para mayor información consúltese la página [www.imo.org](http://www.imo.org).

<sup>38</sup> Para mayor información consúltese la página [www.icao.int](http://www.icao.int).

<sup>39</sup> Para mayor información consúltese la página [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

<sup>40</sup> Basedow, Jürgen, *op. cit.*, nota 1, p. 35.

<sup>41</sup> L'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, fue fundada mediante el tratado firmado en octubre de 1993 en Port Louis, Islas Mauricio, y entró en vigor en septiembre de 1995. Al 31 de diciembre del 2000 ha sido ratificado por 16 paí-

nente americano la región del tratado de libre comercio de América del Norte<sup>42</sup>, el Mercado Común Centroamericano, el Mercosur,<sup>43</sup> por sólo mencionar unos ejemplos, así como una amplia gama de tratados y acuerdos comerciales bilaterales de libre comercio entre los que destacan singularmente los que tiene suscrito México.<sup>44</sup>

Se ha observado que en esta última etapa existe en las regiones comerciales con vocación institucional una franca tendencia en la transferencia de facultades legislativas comerciales a órganos supranacionales,<sup>45</sup> cuyos efectos son, entre otros, una redefinición en las negociaciones comerciales, y una recomposición en la estructura de los organismos internacionales *ad hoc*. Es precisamente en la integración jurídica en donde se observa con mayor claridad la transferencia de competencias estatales a una organización internacional dotada de poderes de decisión y de competencia supranacionales.<sup>46</sup> En la medida en que este proceso de integración jurídica se profundiza, se fortalecen las negociaciones comerciales con los órganos representativos de las regiones comerciales, quienes empiezan a tener, precisamente, en tanto tales un mayor peso específico en las mismas organizaciones internacionales; concomitantemente, se observa una mengua significativa en el interés de las negociaciones comerciales aisladas con Estados nacionales pertenecientes a estas regiones comerciales. Resulta obvio que las nociones de armonización y de uniformidad del derecho en este nuevo contexto tienen también una transformación de sustancia.

ses que son: Guinea-Bissau; Senegal; República Centroafricana; Mali; Comoras; Burkina Faso; Benín; Nigeria; Costa de Marfil; Camerún; Togo; Chad; Congo; Gabón; Guinea Ecuatorial y Guinea.

<sup>42</sup> El Tratado de Libre Comercio de América del Norte..., *cit.*, nota 5.

<sup>43</sup> El Mercosur se constituyó por el Tratado..., *cit.*, nota 6.

<sup>44</sup> Para consultar los tratados y acuerdos comerciales de los que México es parte consúltese la página [www.sre.gob.mx](http://www.sre.gob.mx).

<sup>45</sup> Véase al respecto el artículo 61 del Tratado de Amsterdam que entró en vigor el 1o. de enero de 1999. Diario Oficial de la Comunidad Europea No. C340 del 10 de noviembre de 1997.

<sup>46</sup> Cornu, Gerard, *Vocabulaire juridique*, 8a. ed., París, Association Henri Capitant, Presses Universitaires de France, 1987, p. 468.

Basta mencionar el caso de la Unión Europea a quien se le confiere personalidad jurídica<sup>47</sup> con poderes para concluir convenciones internacionales con uno o más Estados u organizaciones internacionales.<sup>48</sup> A lo anterior debe agregarse que la Corte de Justicia europea ha extendido incluso los poderes de negociación de la Unión a través del llamado mecanismo de los poderes “implícitos”,<sup>49</sup> de tal suerte que la Unión Europea es competente para concluir acuerdos internacionales aun ante la ausencia de texto expreso en el Tratado de la Unión Europea, si ésta tiene competencia en esas materias específicas;<sup>50</sup> más aún, la Corte de Justicia Europea ha sostenido que los tratados concluidos por la Unión Europea ya sea con terceros países o con organizaciones internacionales forma parte del derecho comunitario.<sup>51</sup> Estas Convenciones se consideran como “actos de las instituciones de la Comunidad Europea”; y en esa forma entran en el ámbito de la jurisdicción de la Corte de Justicia Europea que tiene como mandato garantizar su aplicación uniforme,<sup>52</sup> en todo el territorio de la comunidad.<sup>53</sup>

<sup>47</sup> Véase el artículo 281 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas número C325 del 24 de diciembre del 2002 que a la letra dice: “La Comunidad tendrá personalidad jurídica”.

<sup>48</sup> Véase el artículo 310 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, publicado en el Diario Oficial de la Comunidad Europea número C325 del 24 de diciembre del 2002 que a la letra dice: “La Comunidad podrá celebrar con uno o varios Estados u organizaciones internacionales acuerdos que establezcan una asociación que entrañe derechos y obligaciones recíprocos, acciones comunes y procedimientos particulares”.

<sup>49</sup> Basedow, Jürgen, *General Report. Worldwide harmonization...*, cit., nota 1, p. 36.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>52</sup> Véase el artículo 234 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, publicado en el Diario Oficial de la Comunidad Europea número C325 del 24 de diciembre del 2002 que a la letra dice: “El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación del presente Tratado; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las Instituciones de la Comunidad u por el BCE; c) sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean. Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia”.

<sup>53</sup> Basedow, Jürgen, *General Report. Worldwide harmonization...*, cit., nota 1, p. 47.

Por lo tanto, es válido afirmar que en determinados casos, los Estados nacionales que pertenezcan a regiones comerciales perfectamente definidas y que convengan obligaciones internacionales comerciales con terceros Estados podrían estar actuando incluso *ultra vires*.<sup>54</sup>

#### IV. CONSIDERACIONES GENERALES

Una consecuencia clara del fenómeno de la globalización, es el incremento de la intensidad del debate sobre las nociones básicas de la armonización y de la uniformidad de la legislación, que se encuentran inexorablemente ligadas al comercio interestatal o transfronterizo,<sup>55</sup> según sea el caso.

A este respecto se ha venido polemizando, si la unificación de los principios contractuales, de manera más general, del derecho de las obligaciones, facilita el comercio internacional, estimula el sentido de la competencia en el libre mercado y, por lo tanto, si la armonización o unificación legislativa tiende a propiciar una mayor prosperidad económica.<sup>56</sup> Más aún, la uniformidad reduce en forma considerable, la competencia entre sistemas de legalidad y disposiciones regulatorias; no obstante lo anterior, no debe pasar desapercibido que la competencia de sistemas legales ha sido y continúa siendo determinante para evitar fosilizaciones jurídicas generadoras de ineficiencias nocivas que se perpetúan en un sistema legal.<sup>57</sup>

En la actualidad, la recepción de mecanismos de legalidad no son atribuidos a elementos de nacionalidad, sino de conveniencia y de necesidad.<sup>58</sup> En todo análisis debe considerarse que el derecho uniforme no es

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>55</sup> Existen, sin embargo, algunos autores que sostienen que la armonización no resulta necesariamente de los imperativos económicos o bien de mandatos estatutarios. En Kronke, Herbert, *Unidroit 75th. Anniversary Congress on Worldwide Harmonization...*, cit., nota 18, p. 15.

<sup>56</sup> Hartcamp, Arthur S., "Modernisation and Harmonization of Contract Law : Objectives, Methods and Scope", *Uniform Law Review*, Unidroit, NS, 2003, vol. VIII, 1 y 2, p. 82.

<sup>57</sup> Kronke, Herbert, "International Uniform Commercial Law Conventions: Advantages, Disadvantages, Criteria for Choice", *Uniform Law Review*, NS, vol. V, 2000, 1, p. 19.

<sup>58</sup> Borba Casella, Paulo, "Economic integration and Legal Harmonization, with special reference to Brazil", *Uniform Law Review*, NS, vol. III, 2 y 3, 1998, p. 293.

un fin en sí mismo, sino una respuesta a necesidades prácticas.<sup>59</sup> De manera más general debe partirse del postulado que el derecho, y en la especie el derecho mercantil, tampoco es un valor en sí mismo,<sup>60</sup> sino que coadyuva al fortalecimiento de los valores económicos y culturales de una sociedad. Aún así, la unificación del derecho no obedece solamente a intereses económicos o financieros, sino también reconoce intereses políticos y culturales. En todo proceso de integración jurídica como lo es *verbi gratia* el europeo, la unificación legislativa tiene un valor político y social indiscutible. En suma, la armonización y la unificación legislativa, cuando se producen, constituyen un activo cultural de una gran relevancia.<sup>61</sup>

Para posibilitar una mejor comprensión del pretendido alcance de nuestro análisis, debe avanzarse una precisión en las nociones mismas de armonización y de uniformidad, aun cuando debe admitirse que ellas mismas están sujetas a intensas controversias.<sup>62</sup>

A pesar de sus cambios semánticos constantes, se puede sostener que la noción de la armonización consiste en unificar conjuntos legislativos, ya sea mediante la elaboración de un nuevo derecho, ya sea a través del diseño de normas que posibiliten una aproximación entre dos o más sistemas jurídicos. La armonización conlleva un proceso legislativo consistente en compatibilizar disposiciones que provienen de orígenes y, frecuentemente, de épocas diferentes. La armonización modifica legislaciones en vigor con el propósito de darles mayor coherencia mediante nuevas disposiciones.<sup>63</sup> El efecto inmediato de la armonización es el de reducir las diferencias y las divergencias entre las legislaciones.<sup>64</sup> Se ha llegado a sostener que el proceso de la armonización debe referirse exclusivamente a las reglas conflictuales que son propias del derecho in-

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 304.

<sup>60</sup> Hartcamp, Arthur S., *op. cit.*, nota 56, p. 84.

<sup>61</sup> *Idem*.

<sup>62</sup> En este contexto se ha llegado a postular que las nociones básicas son la armonización, la unificación y la uniformidad. En Borba Casella, Paulo, *op. cit.*, nota 58, p. 288.

<sup>63</sup> Cornu, Gerard, *op. cit.*, nota 46, p. 423.

<sup>64</sup> Issa-Sayeh, Joseph, “Quelques aspects techniques de l’integration juridique l’exemple des actes uniformes de Ohada”, *Revue de Droit Uniforme*, Unidroit, 1999, vol. IV, 1, p. 6.

ternacional privado y que no alteran, ni tampoco se refieren al derecho sustantivo.<sup>65</sup>

En el proceso de la uniformidad legislativa se ha querido distinguir conceptualmente la unificación de la uniformidad propiamente dicha. La unificación reemplaza a la legislación nacional con normas previamente consensadas; al ser el texto idéntico se pretende eliminar cualquier conflicto de leyes. El problema conflictual empero, no se elimina totalmente ya que es difícil que la unificación alcance una aplicación absoluta o universal.<sup>66</sup>

La unificación sustituye, por un texto único, a legislaciones disímboles anteriormente en vigor. La noción de unificación es más comprensiva y se observa en integraciones jurídicas sustantivas ya que tiende a eliminar las diferencias de textos legislativos mediante la introducción de un texto único, redactado en términos idénticos por los Estados nacionales miembros de una región comercial específica o de una organización internacional. En suma, la unificación postula en una materia específica, una reglamentación idéntica. La viabilidad de la identidad del texto legal único depende de un sinnúmero de factores de gran diversidad: el grado de integración económica, la naturaleza jurídica de la estructura de los Estados miembros de la región económica y de sus sistemas jurídicos,<sup>67</sup> la naturaleza de la materia que se pretende uniformar, entre otras. Finalmente, y como bien lo expresa el profesor Tallon, la integración en su apogeo va terminar por socabar a las autarquías jurídicas.<sup>68</sup>

El caso de la OHADA<sup>69</sup> es singular en un proceso de unificación, ya que conforme a los artículos 5o. y 10<sup>70</sup> del Tratado de su creación, las

<sup>65</sup> Borba Casella, Paulo, *op. cit.*, nota 58, p. 288.

<sup>66</sup> *Idem.*

<sup>67</sup> Cornu, Gerard, *op. cit.*, nota 46, p. 884.

<sup>68</sup> Tallon, Denis, "Quel droit comparé pour le XXIème. siècle?" *Revue de Droit Unifome*, Unidroit, NS, vol. III, 2 y 3, 1998, p. 704.

<sup>69</sup> L'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires..., *cit.*, nota 7.

<sup>70</sup> El artículo 5o. del tratado de su creación a la letra dice: Les actes pris pour l'adoption des règles communes prévues à l'article premier du présent Traité sont qualifiés « Actes uniformes ». Les Actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale. Les Etats Parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues. El artículo 10 del Tratado de su creación a la letra dice: Les Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans nos États-Parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure.

actas uniformes son válidas en todo el territorio de los Estados miembros. A este efecto el Secretariado permanente propone al Consejo de Ministros el programa anual de armonización y elabora los proyectos de actas uniformes en conformidad con los Estados miembros, con previa opinión de la Corte Común de Justicia y Arbitraje. Las actas de derecho uniforme entran en vigor en el territorio de los Estados nacionales miembros, dentro de los siguientes 90 días después de su adopción y pueden ser recurridas 30 días después de su publicación en el periódico oficial de la OAHDA.<sup>71</sup>

En el ámbito regional, con vocación institucional, es en donde se observa con mayor vigor la integración jurídica. La experiencia de la Unión Europea ha probado a través de sus directivas ser la más exitosa, aun cuando su aplicación se encuentre limitada por la carencia de facultades legislativas generales, como en el caso de la OHADA.<sup>72</sup> Las directivas destinadas a todos los Estados miembros, son particularmente valiosas en la armonización del derecho privado, en especial, del derecho de las obligaciones. Si se contrasta la construcción de normas legales como resultado de la implementación de una directiva europea con aquellas que se han realizado de conformidad con convenciones internacionales, es fácilmente perceptible que las directivas en áreas específicas tienen una mayor posibilidad de ser efectivamente aplicadas.

La uniformidad por su parte tiene dos vertientes ya que puede referirse tanto a normas conflictuales como substantivas. La uniformidad es gradualmente más profunda que la armonización, pero lo es menos que la unificación. La uniformidad es más flexible y por ello más comprensiva.<sup>73</sup>

Las Convenciones interamericanas son fácilmente catalogables en la vertiente de la uniformidad y se refieren tanto a normas conflictuales como substantivas.

<sup>71</sup> El artículo 9o. del Tratado relativo a la armonización del derecho mercantil en África a la letra dice: “Les actes uniformes entrent en vigueur quatre-vingt-dix jour après leur adoption sauf modalités particulières d’entrée en vigueur prévues par l’Acte uniforme lui-même. Ils sont opposables trente jours francs après leur publication au journal officiel de l’OHADA. Ils sont également publiés au journal officiel des Etats Parties ou par tout autre moyen approprié”.

<sup>72</sup> L’Organisation pour l’harmonisation en Afrique du droit des affaires..., *cit.*, nota 7.

<sup>73</sup> Borba Casella, Paulo, *op. cit.*, nota 58, p. 291.

La uniformidad también adopta la vía de la supranacionalidad que permite introducir en un sistema pluri-jurídico directamente normas en el orden jurídico de cada uno de los estados miembros,<sup>74</sup> ya sea que deben ser adoptados por sus parlamentos o congresos o directamente cuando exista una transferencia de facultades legislativas a los órganos supranacionales.

Debe diferenciarse en todo proceso de armonización o de uniformidad las normas imperativas de las normas facultativas o supletorias; aun cuando, frecuentemente, debe atenderse en estos procesos a normas imperativas, cuya naturaleza no es estrictamente de derecho privado, pero que exigen una aplicación inmediata con abstracción de la determinación de la ley aplicable de un contrato determinado.<sup>75</sup> En estos procesos la ponderación del origen de la armonización o de la uniformidad es sustantiva; deben dar igualmente respuestas a interrogantes básicas tales como el entorno del origen de las normas sujetas a armonización o uniformidad; las causas económicas que impulsaron su creación; si éstas normas pertenecen y en que medida a un conjunto normativo tradicional; si deben ser adaptadas para satisfacer nuevas condiciones económicas,<sup>76</sup> entre otras. También requiere considerarse si las normas que se pretende armonizar o uniformar están destinadas a satisfacer nuevas expectativas sociales o bien permanecen “neutrales” con relación a estas expectativas.

La armonización y la uniformidad pueden tener diferentes enfoques; pueden ser universales o simplemente regionales. En este último extremo convergen igualmente una multitud de elementos de diversidad; en efecto las diferencias en una región determinada bien pueden ser geográficas, económicas, culturales o bien ser propias de un sistema de derecho que pertenecen a una realidad socio-económica de una nación específica.<sup>77</sup>

La armonización puede tener varios grados; puede tener como propósito la eliminación de las principales diferencias entre disposiciones nacionales; o bien inducir únicamente un mínimo de soluciones comunes; su alcance también puede ser muy diverso: crear reglas comunes en áreas específicas del derecho de las obligaciones o inclusive reducirse al tratamiento de contratos especiales.

<sup>74</sup> Issa-Sayeh, Joseph, *op. cit.*, nota 64, p. 6.

<sup>75</sup> Calus, Andrzej, “Modernisation and Harmonization of contract law: focus on selected Issues”, *Uniform Law Review*, Undroit, NS, vol. III, 1 y 2, 2003, p. 158.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 159.

<sup>77</sup> *Idem*.

Uno de los aspectos cruciales del proceso de armonización es la elección del área jurídica a ser considerada; con frecuencia se había observado que en el ámbito universal esta elección había correspondido a líderes académicos o intelectuales,<sup>78</sup> que presidían centros de decisión ya sea en gobiernos o en organizaciones internacionales. Si bien el área jurídica elegida podría tener una fascinación académica, se daba el caso de su rechazo, si no es el de una franca indiferencia por parte de los actores del mercado. La consecuencia era predecible: los instrumentos internacionales o bien no entraban en vigor, o bien los agentes del mercado no los consideraban como punto de referencia de legalidad para normar sus relaciones contractuales. A lo anterior había que agregar que en múltiples casos los parámetros de áreas en estudio estaban sujetos a cambios constantes.

En suma como bien lo expresa el profesor Goode:<sup>79</sup>

“...The treaty collections are littered with conventions that have never come into force, for want of the number of required ratifications, or have been eschewed by the major trading States. There are several reasons for this: failure to establish from potential interest groups at the outset that there is a serious problem which the proposed convention will help to resolve; hostility from powerful pressure groups, lack of sufficient interest of, or pressure on, governments to induce them to burden still further an already over-crowded legislative timetable; mutual hold-backs, each State waiting to see what others will do, so that in the end none of them does anything...”

El planteamiento final consiste en destacar que si bien es trascendente la elección de un ámbito legal específico que sea viable para su armonización o uniformidad, importa igualmente considerar si las políticas de los Estados nacionales son también conciliables en estas áreas específicas.

Sería, sin embargo, un error asociar el destino de la armonización o de la unificación del derecho privado a los intereses de los operadores del mercado o bien intentar redactar instrumentos muy flexibles de *soft law*, en áreas de alta sensibilidad. En los procesos de armonización debe aten-

<sup>78</sup> Kronke, Herbert, *op. cit.*, nota 57, p. 17.

<sup>79</sup> Goode, Roy, “International Restatements of contract in English contract law”, *Uniform Law Review*, Unidroit, NS, II, vol. II, 2, 1997, p. 232.

derse aspectos íntimamente relacionados con la cultura jurídica y por su naturaleza deben ser redactados con un gran detalle para asegurar su coherencia.<sup>80</sup>

Las Convenciones internacionales de derecho privado, o de internacional privado para ser exitosas, deben ser innovativas y aportar soluciones a las necesidades tanto de individuos como de agentes económicos involucrados en el comercio internacional.<sup>81</sup>

En este contexto hace más de un siglo Mancini<sup>82</sup> sostenía que un sistema legal universal, aun cuando limitado a ciertos ámbitos, para ser efectivo debería de circunscribirse a principios y reglas generales, independientemente de las circunstancias nacionales específicas. Pareciera que esta argumentación podría ser válida actualmente: la uniformidad requiere de identidades culturales y valores compartidos.<sup>83</sup>

Si bien los argumentos anteriores son válidos no lo son menos las experiencias recientes. En el ámbito universal,<sup>84</sup> es necesario admitirlo, las convenciones internacionales *hard law*, cuya ortodoxia proviene de épocas anteriores, no han sido lo suficientemente eficientes en la armonización del derecho privado e internacional privado. Las causas son muy variadas y sus análisis escapan a los límites de este trabajo. Se podría, sin embargo, dar cuenta de algunas que se mencionan con mayor frecuencia. La preparación de una convención multilateral requiere de un consumo de tiempo significativo que es, generalmente, altamente oneroso, si se atiende a los resultados que se obtienen. En las negociaciones comerciales son las fórmulas de compromiso,<sup>85</sup> las que prevalecen y reflejan en las convenciones internacionales la expresión del mínimo común denominador<sup>86</sup> de intereses nacionales, al que están dispuestos a conceder<sup>87</sup> los negociadores internacionales. A esta fórmula de compro-

<sup>80</sup> Kronke, Herbert, *op. cit.*, nota 57, p. 17.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>82</sup> Citado por Borba Casella, Paulo, *op. cit.*, nota 58, p. 291.

<sup>83</sup> *Idem*.

<sup>84</sup> Calus, Andrzej, *op. cit.*, nota 75, p. 159.

<sup>85</sup> Goldring, John, "Globalisation, National Sovereignty and the Harmonisation of Laws", *Uniform Law Review*, Unidroit, NS, vol. III, 2/3, 1998, p. 448.

<sup>86</sup> Bonell, Michael Joachim, "Modernisation and Harmonization of Contract Law: Objectives, Methods and Scope", *Uniform Law Review*, NS, vol. VIII, 1 y 2, 2003, p. 94.

<sup>87</sup> Goldring, John, *op. cit.*, nota 85, p. 448.

miso se le ha calificado con razón como de alcance “minimalista”. La expresión “minimalista” conlleva las siguientes notas distintivas: a) El levantamiento de un listado de términos equivalentes en los Estados nacionales en los que se pretende uniformar la legislación; b) La clasificación de códigos y disposiciones estatutarias que corresponden a esos términos; c) La identificación del común denominador de las reglas clasificadas y finalmente d) La formulación de nuevas reglas consistentes en esos comunes denominadores.<sup>88</sup> Este enfoque “minimalista” que priva en las convenciones *hard law* se resume en la redacción de normas “oficiales” o “positivas” (vinculantes); en este enfoque cualquier otro tipo de normas se consideran inciertas para ser uniformadas; este enfoque igualmente soslaya la disparidad proveniente de interpretaciones contradictorias de las mismas leyes o de la de sus comunes denominadores por tribunales, árbitros o partes contratantes y con ello la de un derecho transnacional, *verbi gratia* el derecho creado por las partes contratantes; e ignora finalmente el derecho que en forma cotidiana se forma en la práctica contractual o jurisdiccional.

Estas características de las convenciones internacionales *hard law*, limitan seriamente su potencial innovativo; su ratificación también provoca un problema singular: pocas son las convenciones que entran en vigor ya que para ello requieren de un número determinado de ratificaciones.<sup>89</sup> Finalmente, cuando se considera que la Convención multilateral deba ser modificada, es necesario repetir el mismo proceso; su flexibilidad para su actualización es por tanto muy reducida. A esto hay que agregar que la comunidad internacional ha mostrado muy poca habilidad para actualizar los instrumentos internacionales aun cuando se hayan experimentado cambios de sustancia.<sup>90</sup>

El enfoque “minimalista” contrasta con el enfoque de la consecución de la mejor regla comercial. Los actores en el comercio internacional anhelan la máxima uniformidad posible. Este enfoque sostiene que la uni-

<sup>88</sup> Kozolchik, Boris, “The Unidroit Principles as a Model for the Unification of the Best Contractual Practices in the Americas”, *Los Principios de Unidroit: ¿Un derecho común de los contratos para las Américas?*, Congreso Interamericano, Valencia, Venezuela, 6 al 9 de noviembre de 1996, Actas, p. 98.

<sup>89</sup> Farnsworth, E. Allan., “Modernization and Harmonization of contract law: an American Perspective”, *Uniform Law Review*, NS, vol. VIII, 1/2, 2003, p. 106. En este mismo sentido véase Calus, Andrzej, *op. cit.*, nota 75, p. 160.

<sup>90</sup> Kronke, Herbert, *op. cit.*, nota 57, p. 18.

formidad no debe agotarse en la que proviene del Estado, sino sustentarse en las prácticas, usos y costumbres comerciales.<sup>91</sup>

Es por ello que se han explorado otras formas en la creación del orden internacional comercial. Se ha intentado proponer a sistemas jurídicos o regiones comerciales, que no tienen vocación institucional, la forma de “ley modelo” que debe ser discutida, antes de adoptarse, por los órganos legislativos de cada Estado nacional; o bien la formulación de instrumentos internacionales ya sea de derecho material o conflictual, en los que se intenta sistematizar prácticas comerciales como los Términos de Comercio Internacional (INCOTERMS), elaborados por la Cámara Internacional de Comercio de París, modelo de cláusulas contractuales tipo, relatorías (*Restatements*) o guías legislativas o contractuales.

A este respecto, es de mencionarse la ley modelo y el reglamento de arbitraje, documentos que se elaboraron en el seno de Uncitral<sup>92</sup> y cuyos resultados han sido sensiblemente exitosos.<sup>93</sup>

La Cámara de Comercio Internacional con sede en París dentro del régimen de los usos previstos por el artículo 9o. inciso 2 de la Convención de Viena de 1980,<sup>94</sup> desarrolló los llamados términos internacionales de comercio (INCOTERMS) de amplia aceptación por parte de los agentes económicos en el comercio internacional, tales como importadores, exportadores, compañías transportistas, aseguradores, agentes aduanales, consultores en comercio internacional, entre otros. Las INCOTERMS<sup>95</sup> aportan definiciones comunes en el comercio internacional con respecto

<sup>91</sup> Kozolchyk, Boris, *op. cit.*, nota 88, p. 94.

<sup>92</sup> Ver la página [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

<sup>93</sup> México incorporó la ley modelo de arbitraje en su Código de Comercio conforme al *Diario Oficial de la Federación* de fecha 22 de julio de 1993.

<sup>94</sup> Véase el artículo 9o. inciso 2 de la Convención de Viena, fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el día 17 de marzo de 1988, cuya fe de erratas fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 25 de abril de 1988. El artículo 9o. fracción 2a. a la letra dice: “... Salvo pacto en contrario, se considerara que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate...”.

<sup>95</sup> La Cámara Internacional de Comercio se ha encargado desde 1936 de su elaboración y actualización de acuerdo con los cambios que va experimentando el comercio internacional. Actualmente están en vigor los INCOTERMS 2000 en la Publicación 560 de la Cámara de Comercio Internacional.

al momento y lugar preciso en que la parte vendedora transmitirá a la compradora los riesgos y las responsabilidades sobre las mercancías, al objeto del contrato, a las definiciones de las obligaciones relativas al precio tales como el envase, el embalaje, la carga de la mercancía a bordo del vehículo de transporte, el flete local y el internacional, el seguro de mercancía, el tipo específico de cobertura, los aranceles, los trámites y gastos para el despacho de exportación e importación, el costo por las maniobras de carga y descarga de la mercancía, entre otros.

La importación de los INCOTERMS es su aceptabilidad por un gran número de Estados nacionales y es un claro ejemplo de los instrumentos legales sujetos al régimen de *soft law*. El efecto de su uniformidad en la legislación relativa en la comunidad internacional no solamente es formal, sino que sirve de marco legal de referencia para la solución de controversias, generalmente arbitral que es su vocación natural, en términos y usos internacionalmente aceptados. En la solución de controversias se provee de la uniformidad legal necesaria que permite un alto grado de predictibilidad en las transacciones de comercio exterior y con ello de certeza jurídica.

Por su parte, la justipreciación de las guías legislativas, radica, justamente, en el balance de su contenido legal y económico. En efecto, las guías legislativas en su punto de origen consideran las diversidades de los sistemas legales para poder ofrecer soluciones alternativas para las partes en contratos específicos. En esta forma se intenta superar las consecuencias adversas provenientes de las diferencias en las normas legales.<sup>96</sup>

La guía legislativa proporciona fundamentos importantes para las valoraciones económicas de elementos contractuales en transacciones específicas. En este contexto, los elementos jurídicos que se introducen en la guía legislativa, no se agotan en la perspectiva de eliminar las consecuencias resultantes de las diferencias provenientes de legislaciones domésticas, sino son constitutivas de un método para singularizar cláusulas contractuales que son de una gran relevancia jurídica.<sup>97</sup>

En la misma forma la guía contractual es de especial utilidad. Uno de los documentos más exitosos en este ámbito es la guía de franquicias in-

<sup>96</sup> Calus, Andrzej, *op. cit.*, nota 75, p. 161.

<sup>97</sup> *Idem.*

ternacionales elaboradas por el Unidroit.<sup>98</sup> La composición de su grupo de trabajo<sup>99</sup> y la aprobación final por el Consejo de Dirección de composición plural,<sup>100</sup> le asegura un alto grado de internacionalidad y equilibrio. Los argumentos hechos valer en favor de la elección de guía legislativa, dan buena cuenta del debate entorno al régimen de *soft law*. En efecto, al decidirse por la elaboración de una guía contractual fueron varios los elementos de convicción que se analizaron: la guía ilustraría

<sup>98</sup> Unidroit Franchising guide.

<sup>99</sup> El grupo de trabajo compuesto por: Mr. Alan Rose. President, Australian Law Reform Comisión, Canberra Member of the Unidroit Governing Council, Chairman of the Study Group, Rapporteur on Chapter 17; Mr. Andrzej Calus. Professor of Law, Director, Institute of International Law, Faculty of Foreign Trade of the Warsaw School of Economics, Warsaw; Mr. Aldo Frignani. Professor of Law, University of Turin; Frignani e Pivano, Turin, Rapporteur on Chapter 11; Mr. Franklin C. Jesse Jr.; Gray Plant Mooty & Bennett, Minneapolis; Vice-Chairman of the Committee on international Franchising of the Section on Business Law of the International Bar Association; Rapporteur on Chapter 9 and Chapter 13; Mr. István Kiss. Secretary-General and Chief Executive Officer, Hungarian Franchise Association, Budapest; Mr. Alexander S. Konigsberg, Q.C., Lapointe Rosenstein, Montreal; Former Chairman of the Committee on International Franchising of the Section on Business Law of the International Bar Association; Rapporteur on Chapter 3 and Chapter 10; Mr. Martin Mendelsohn. Eversheds, London; Former Chairman of the Committee on International Franchising of the Section on Business Law of the International Bar Association; Rapporteur on Chapter 4, Chapter 15 and Chapter 16; Mr. B. Sen. Senior Advocate at the Supreme Court of India, New Delhi; Member of the Unidroit Governing Council; Mr. Albert Schulz. Sigle Loose Schmidt-Diemitz, Stuttgart, Chairman of the Committee on International Franchising of the Section on Business Law of the International Bar Association; Rapporteur on Chapter 5, Chapter 7 and Chapter 14; Mr. John Vernon. Strasburger & Price, L.L.P., Dallas; Rapporteur on Chapter 2; Mr. Philip F. Zeidman. Rudnick, Wolfe, Epstein & Zeidman, Washington; General Counsel of the International Franchise Association, Washington; Former Chairman of the Committee on International Franchising of the Section on Business Law of the International Bar Association, Rapporteur on Chapter 8, Chapter 12 and Chapter 19; Ms. Lena Peters. Research Officer; UNIDROIT Secretariat; Secretary to the Study Group; Rapporteur on Introduction, Chapter 1, Chapter 18, Chapter 20 and Annexes 1-3 General Editor.

<sup>100</sup> Consejo de Dirección compuesto por: Omer I. Akipek/Turkey; Antonio Boggiano/Argentina; Isabel de Magalhaes Collado/Portugal; Charles R.M. Dlamini/South Africa; E. Allan Farnsworth/Estados Unidos de América; Royston M. Goode/United Kingdom; Yasuo Hamasaki/Japón; Arthur S. Hartkamp/Netherlands; Tsvetana KamenovA/ Bulgaria; Roland Lowe/Austria; Lyou Byung-hwa/Republic of Korea; Ferenc Madl/Hungary; Vicente Marotta Rancel/Brasil; Jorg Pirrung/Germany; Jean-Pierres Plantard/Francia; Jacques Putzeys/Bélgica; Alan D. Rose/Australia; Jorge Sánchez Cordero Dávila/México; Biswanath B. Sen/India; Leif Sevón/Finland; Anne-Marie Trahan/Canadá; Ioannis Voulgaris/Grecia; Pierre Widmer/Switzerland; Zhang Yuejia/People's Republic of China.

problemas que pudieran surgir con temas ya regulados en una u otra forma por las legislaciones nacionales, pero que fuesen de importancia capital en el contexto de las franquicias (*verbi gratia* situaciones relacionadas con la propiedad intelectual). Igualmente podría ilustrar las ventajas y desventajas de las diferentes opciones que se ofrecen a los operadores del mercado y los prevendría de las dificultades que pudieran surgir en la confección de un contrato de franquicias; la exposición de esta guía se hubiera visto frustrada si Unidroit hubiese optado por la forma tradicional de una convención *hard law*. Esta guía contractual pudo ser elaborada en un corto período de tiempo; en contraposición el método y el tiempo requerido para la elaboración de una convención *hard law* son, sustancialmente, diferentes. Esta guía se pudo proponer inmediatamente después de concluida al mercado y en consecuencia ponerla a disposición de los operadores del mercado; en tanto que la Convención Internacional hubiera requerido de un número determinado de ratificaciones para entrar en vigor seguida de la preparación de legislaciones nacionales que la implementasen. Es así como se determinó que si el propósito de la elaboración de un instrumento internacional era que fuera adoptada a la brevedad por la comunidad franquisataria o bien que le pudiese proporcionar un marco legal de referencia, en donde desarrollan sus prácticas contractuales, la forma de guía contractual sería la forma más apropiada.

Todas estas son formas de textos legales no vinculantes que se han llamado “normas narrativas” y que se integran al mencionado régimen de *soft law*.<sup>101</sup>

Los textos legales sujetos a este régimen si bien están desprovistos de un carácter jurídico obligatorio, comienzan a ejercer un enorme ascendiente sobre la conducta de los agentes del mercado y a provocar cambios significativos en las prácticas comerciales, por lo que no se puede soslayar su importancia.

Esta construcción de normas narrativas o de *soft law* ha sido muy recurrida en el pasado reciente. Es el proceso de eliminación de barreras para el comercio internacional, el que ha inducido a los Estados nacionales a modificar su derecho de obligaciones y de contratos y adoptar o aplicar estas leyes modelo, relatorías (*restatements*) o guías legislativas

<sup>101</sup> Jayme, Eric, *Rechtsbegriffe und Kunstgeschichte: En neues Recht zum Schutz von Kulturgut*, Internationales Kulturgutschulz.

o contractuales elaboradas por organizaciones internacionales prestigiosas como lo son Unidroit o Uncitral.

Estos instrumentos satisfacen, además, otras finalidades: asisten a las partes en transacciones internacionales y ofrecen diversas soluciones a los derechos nacionales, tanto en la formación como en la aplicación de los contratos. En estos casos, la importancia de esta armonización “indirecta” radica en la adopción de soluciones uniformes, especialmente por la que respecta a normas facultativas o supletorias que difieren sensiblemente de un sistema legal a otro.<sup>102</sup>

Igualmente, y en forma muy señalada como normas narrativas sujetas al régimen del *soft law*, pueden citarse los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales (Principios de Unidroit) aprobados en mayo de 1994 por el Consejo de Dirección del Unidroit.<sup>103</sup>

Sin entrar al análisis de la naturaleza que se contiene en lo particular de cada disposición de los Principios de Unidroit, que escapa totalmente a los límites de este trabajo, en términos generales, se puede sostener que este cuerpo normativo, ofrece un sistema “neutral” de reglas. Bajo esta consideración se puede recurrir a ellos cuando se trate de suplir deficiencias u omisiones en convenciones de derecho privado; significan igualmente una alternativa a las leyes nacionales que están diseñadas para resolver situaciones locales y que difícilmente al confeccionarse se repara en transacciones comerciales internacionales.<sup>104</sup>

Los argumentos anteriores encuentran uno de sus puntos de apoyo en el origen de estos Principios de Unidroit; el grupo inicial de trabajo<sup>105</sup> es-

<sup>102</sup> Calus, Andrzej, *op cit.*, nota 75, p. 161

<sup>103</sup> Principios Unidroit.

<sup>104</sup> Basedow, Jurgen, *op. cit.*, nota 32, p. 137.

<sup>105</sup> El primer grupo de trabajo estuvo constituido por los siguientes juristas: Michael Joachim, Bonell. Professor of Law, University of Rome I, “La Sapienza”; Chairman of the working Group; Rapporteur on Chapter I (including the Preamble), Chapter 2 and Chapter 4. Patrick Brazil. Attorney, Canberra; former Secretary, Attorney General’s Department, former member of de Unidroit Governing Council. Paul-André, Crepeau. Director, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec; Professor of Law, McGill University, Montreal. Samuel K. Date-Bah. Professor of Law, University of Accra; Special Adviser (Legal) Commonwealth Secretariat, London. Adolfo Di Majo. Professor of Law, University of Rome I “La Sapienza” Ulrich, Drobing. Director, Max-Planck-Institute für und internationale Privatrecht, Hamburg; Rapporteur on Chapter 7, Section 2 and Co-Rapporteur on Chapter 3. E. Allan Farnsworth. Professor of Law, Columbia University in the City of New York School of Law; Member of the UNIDROIT Governing Council; Chairman of the Editorial Committee. Marcel Fontaine.

tuvo compuesto por distinguidos juristas, provenientes de diferentes jurisdicciones, cuya óptica fue esencialmente transnacional y por lo mismo excluyó cualquier preeminencia de derecho positivo proveniente de un sistema legal particular, y asegurar su carácter internacional. La convergencia de diferentes mentalidades jurídicas y su conciliación en la obtención de la mejor regla comercial es uno de las grandes aportaciones en esta obra colectiva que se enriqueció sensiblemente en el 2004.<sup>106</sup>

Professor of Law, Centre de droit des Obligations, Université Catholique de Louvain, Louvain la Neuve ; Rapporteur on Chapter 5 and on Chapter 6, Section I (excluding Articles 6.1.14 to 6.1.17). Michael P. Furmston.- Professor of Law University of Bristol; Rapporteur on Chapter 7, Section 1 (excluding Articles 7.1.4 and 7.1.6). Alejandro Garro. Lecturer at the Columbia University in the City of New York School of Law ; former Attorney, Buenos Aires. Arthur S. Hartkamp. Advocate-General at the Supreme Court of The Netherlands, The Hague, Professor of Law, Utrecht University; member of the UNIDROIT Governing Council. Hisakazu Hirose. Professor of Law, University of Tokyo, Komaba. Huang Danhan. Professor of Law, University of International Business and Economics; former Deputy Director of the Department of Treaties and Law at the Ministry of Foreign Economic Relations and Trade of the People's Republic of China, Beijing. Alexander S. Komorov. President of the Court of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry; Head of Law Department, All-Russian Academy of Foreign Trade, Moscow. Ole Lando. Professor of Law2 Institute of European Market Law, Copenhagen School of Economics and Business Administration; Rapporteur on Chapter 7, Section 3, Co-Rapporteur on Chapter 3. Dietrich Maskow. Attorney, Berlin; Former Director, Institut für ausländisches Recht und Rechtsvergleichung der DDR; Repporteur on Articles 6.1.14 to 6.1.17 and on Chapter 6, Section. 2. Denis Tallon. Professor of Law; Former Director, Institut de droit comparé de Paris; Université de droit, d'économie et de sciences sociales. (Paris a) ; Rapporteur on Article 7.1.6 and on Chapter 7, Section 4. Secretary to the Working Group was Lena Peters of the Unidroit Secretariat.

<sup>106</sup> El segundo grupo de trabajo estuvo constituido por los siguientes juristas: Luiz Olavo Baptista. Professor of Law, University of Sao Paulo, Michel Joachim Bonell. Professor of Law, University of Rome I, "La Sapienza"; Consultant, UNIDROIT; Rapporteur on Chapter 2 Section 2 and paragraphs 4 and 6 of the Preamble; Chairman of The Working Group". Paul André Crepeau. Professor of Law (emeritus). Quebec Research Center for Private and Comparative Law, McGill University, Montreal. Samuel K. Date-Bah. Justice, Supreme Court of Ghana. Adolfo Di Majo. Professor of Law , Uniersity Rome III. Aktham El Kholy. Attorney at Law (Supreme Court), Cairo. E. Allan Farnsworth-McCormack Professor of Law, Columbia University in the City of New York School of Law; Chairman of the Editorial Committee; Repporteur on the Model Clause. Paul Finn. Judge Federal Court oof Australia; Rapporteur on Article 1.8. Marcel Fontaine. Professor of Law (emeritus), Centre de Droit des Obligations, Université Catholique de Louvain, Louvain-la Neuve; Rapporteur on Chapter 9. Michael P. Furmston. Professor of Law (emeritus), University of Bristol; Rapporteur on Chapter 5, Sección 2. Arthur S. Hartkamp. Procureur -Général at the Supreme Court of The Netherlanda; Professor of Law, University of Amsterdam; Member of the Unidroit Governing Council; Rapporteur

Mucho se ha discutido acerca de la naturaleza jurídica de los Principios de Unidroit. En su preámbulo se determina su ámbito de validez:

Estos principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales.

Ellos deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado someter el contrato a sus disposiciones.

Estos principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que el contrato se rija por los “principios generales del derecho”, la “*lex mercatoria*” o expresiones semejantes.

Estos Principios pueden proporcionar una solución a un punto controvertido cuando no sea posible determinar cuál es la regla (*rule*) de derecho aplicable a dicho contrato.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o suplementar textos internacionales de derecho uniforme.

Estos Principios pueden servir de modelo para la legislación a nivel nacional o internacional.

Al margen de cualquier polémica relativa a su naturaleza, se estimó que los Principios de Unidroit tienen como finalidad la consecución de las diferentes funciones para las que fueron creados.

on Article 5.1.9. Huang Danhan. Attorney, Professor of Law, Vice-President of The Chinese International Private Law Society, Beijing. Camille Jauffret-Spinosi. Professor of Law, University of Paris II; Rapporteur on Chapter 8. Alexander S. Komarov.- Head of Private Law Chair, Russian Academy of Foreign Trade; President of International Commercial Arbitration Court at the Camber of Commerce and Industry of the Russian Federation. Ole Lando. Professor of Law (emeritus), Copenhagen School of Economic and Business Administration; Chairman of the Commission on European Contract Law (1980-2001). Peter Schlechtriem.- Professor of Law (emeritus), University of Freiburg; Rapporteur on Chapter 10. Takashi Uchida. Professor of Law, University of Tokyo. Observers: Francois Dessemontet. Professor of Law, University of Lausanne; Observer for the Swiss Arbitration Association. Horacio Grigera Naón. Secretary General of the ICC International Court of Arbitration. (1998-2001). Gerald I. Herrmann. Secretary of the United Nations Commission on International Trade Law (Uncitral); Observer for Uncitral (1998-2000). Giorgio Schiavon. Vice President of the Milan Chamber of National and International Arbitration. Jernej Sekolec. Secretary of the United Nations Commission on International Trade Law (Uncitral); Observer for UNCITRAL (2001-2003). Anne Marie Whitesell. Secretary General of the ICC International Court of Arbitration; Observer for the ICC International Court of Arbitration (2002-2003). Secretaries to the Working Group were Paula Howarth and Lena Peters of the Unidroit Secretariat.

Igualmente se cuestiona si los Principios de Unidroit son suficientemente generales para poder concluir que son efectivamente Principios generales de derecho. Puede sostenerse en este contexto que su carácter general no proviene de su contenido, sino de su aceptabilidad por diferentes Estados<sup>107</sup>. En suma, los Principios de Unidroit podrán, válidamente ser considerados como principios generales de derecho, en la medida en la que existan evidencias de su recepción por la comunidad internacional. El debate sobre naturaleza jurídica queda sintetizado en palabras del profesor Basedow,<sup>108</sup> en la siguiente forma:

“...Their normative quality can only be assessed by a new theoretical reflection. It has to cross the traditional borderline between law and fact, between precepts and habits, and it must overcome the positivist concept that lawmaking is the exclusive prerogative of the State, to the effect that normative texts can only produce a binding effect if they have been approved in the proper constitutional manner...”.

Desde una óptica diferente se ha sostenido como uno de los planteamientos básicos en este proceso de armonización que la adopción de la forma es parte del dilema que se plantea entre la certeza jurídica por una parte y la flexibilidad y la adaptabilidad por la otra. La forma de Convención, que en términos generales debe ser entendida como una codificación legal, satisface la primera proposición, en tanto las diferentes formas de régimen de *soft law*, satisfacen las exigencias de la segunda proposición.<sup>109</sup>

Con el planteamiento anterior se ha considerado en debatir la conveniencia de elaborar normas conflictuales o normas substantivas en el proceso de armonización. A este respecto, se ha reflexionado que en la medida en la que la elaboración de reglas conflictuales resulten menos satisfactorias, se fortalece la necesidad de convenciones de derecho uniforme.<sup>110</sup>

Finalmente, la armonización o uniformidad legislativa requiere de una política de armonización o uniformidad, y, por consecuencia, de una recon-

<sup>107</sup> Basedow, Jurgen, *op. cit.*, nota 32, p. 138.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 132.

<sup>109</sup> Kronke, Herbert, *op. cit.*, nota 57, p. 19.

<sup>110</sup> *Idem*.

cepción de la noción de soberanía. La armonización o uniformidad legislativa únicamente puede conciliarse con la soberanía nacional, cuando el órgano legislativo de un Estado acepta adoptar una ley que puede ser idéntica o similar a la de otro u otros Estados nacionales. Esto es únicamente posible si el Estado actúa conforme a sus intereses de su sociedad; así uno de los intereses substantivos podría ser la eliminación de los obstáculos para el comercio internacional.<sup>111</sup> En esta forma al armonizar o uniformar su legislación interna el Estado declina su derecho de implementar objetivos diferentes en su política interna.

Posiblemente, las ideas del profesor Jayme nos pueden ayudar a concluir y además darnos una mayor claridad en el análisis. “...El derecho privado no puede cambiar los eventos políticos. Sin embargo, en alguna forma, puede mitigar sus efectos nocivos. El reconocimiento del individuo y de su identidad cultural como una de las bases para la solución pacífica de conflictos, figura entre las estrategias para mantener la paz. Igualmente el equilibrio entre la protección a esta identidad y la necesidad de la integración de una persona en la sociedad puede servir como modelo jurídico en otros contextos. Esta prueba la utilidad del derecho internacional privado”.<sup>112</sup>

<sup>111</sup> Goldring, John, *op. cit.*, nota 85, p. 449.

<sup>112</sup> Borba Casella, Paulo, *op. cit.*, nota 58, p. 303.