

CJI/doc.104/02 rev.2

LA CONVENIENCIA DE EMPRENDER LA NEGOCIACIÓN DE UN INSTRUMENTO INTERAMERICANO SOBRE LEY APLICABLE Y JURISDICCIÓN INTERNACIONAL COMPETENTE CON RELACIÓN A LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: UM MARCO PARA EL ANÁLISIS Y LA AGENDA DE LA INVESTIGACIÓN

(presentado por el doctor Carlos Manuel Vázquez)

El 1° de mayo de 2002, el Consejo Permanente solicitó al Comité Jurídico Interamericano para considerar la conveniencia de iniciar las negociaciones de un instrumento interamericano sobre el tema de la Ley Aplicable y Jurisdicción Internacional Competente con relación a la Responsabilidad Extracontractual. El Comité designó como relatores de este tema a la doctora Elizabeth Villalta Vizcarra y al suscrito.

Este Informe propone un marco para analizar la solicitud que fuera colocada a consideración del Comité, así como un temario para la investigación que deberá llevarse a cabo antes de que el Comité se encuentre en condiciones de llegar a una conclusión. El Consejo Permanente ha solicitado que el informe del Comité sea sometido “a la brevedad posible.” Dada la complejidad del tema y la necesidad de efectuar un estudio pormenorizado, el Comité debe tratar de completar su informe en su 63° período ordinario de sesiones en agosto de 2003.

La cuestión sometida a consideración del Comité no debería entenderse como una simple elección binaria, que requiere de una respuesta por el sí o por el no. Debe considerarse una gran variedad de alternativas. El Comité podría concluir que debería procurarse un instrumento sobre jurisdicción pero no sobre la ley aplicable al tema, o viceversa. Podría concluir que sería poco razonable intentar un instrumento general sobre jurisdicción o la ley aplicable a todas las formas de responsabilidad extracontractual, pero que debería intentarse un instrumento sobre jurisdicción o la ley aplicable a subcategorías específicas de obligaciones extracontractuales. Podría concluir que sería preferible adoptar una ley modelo sobre uno o más de estos temas, en lugar de una convención. El hecho de apoyar cualquiera de estos proyectos, u otros, se encuadraría perfectamente dentro del alcance del mandato extendido al Comité. Por supuesto, el Comité podría también apoyar la negociación de un instrumento general sobre la jurisdicción y la ley aplicable a obligaciones extracontractuales, o concluir que no es deseable intentar ni una convención ni una ley modelo, sea general o especial.

Antes de proceder a proponer un marco de análisis, es necesario aclarar la naturaleza de la cuestión que se nos ha referido. La cuestión, tal como yo la entiendo, no radica en dilucidar sólo si es deseable contar con una convención interamericana para el hemisferio que unificase la ley sobre jurisdicción y ley aplicable a la responsabilidad extracontractual. Resulta comparativamente fácil responder a dicha cuestión. Es aparente que las leyes nacionales relativas a estos asuntos no gozan aún de uniformidad en el hemisferio. La falta de uniformidad en las normas que rigen la ley aplicable y la competencia de jurisdicción no parece producir ventaja alguna. En este sentido, resulta útil trazar la distinción entre las normas de conflictos

de leyes, por un lado, y áreas sustantivas del derecho, tal como las normas materiales que rigen las relaciones contractuales y extracontractuales, por el otro. Respecto de las normas materiales, la falta de uniformidad no es en sí misma y necesariamente algo malo. Las teorías del federalismo y de la subsidiaridad se basan en la idea de que es bueno que las personas sean gobernadas por la autoridad que se encuentra más próxima a ellas. La falta de uniformidad en la ley sustantiva es el precio que pagamos por dicho beneficio. Los beneficios del gobierno local serán superados a veces por la necesidad de uniformidad en ciertas áreas de la ley sustantiva, pero resultará difícil en varios casos verificar este desequilibrio.

La falta de uniformidad en las normas que rigen la jurisdicción internacional y la ley aplicable, no obstante, no puede justificarse como el corolario de los beneficios de la gobernancia local. Por definición, las normas que rigen la jurisdicción y la ley aplicable se aplican solamente cuando una disputa tiene conexiones en más de un Estado. Generalmente, las disputas involucran a personas de diferentes Estados. Por hipótesis, al menos una de las partes no será gobernada por la autoridad más cercana a ella misma; se regirá, en cambio, por tribunales extranjeros o por la ley extranjera. Dicho en pocas palabras, el beneficio de la gobernancia local no brinda una buena justificativa para la falta de uniformidad en las normas que rigen la jurisdicción y la ley aplicable porque, por naturaleza, estas normas solamente se aplican a disputas no locales. No parece producirse un beneficio inherente a la falta de uniformidad en las normas que rigen la jurisdicción internacional y la ley aplicable.

Por otro lado, existen costos significativos a causa de la falta de uniformidad en las normas de jurisdicción y ley aplicable. Si Estados diferentes adoptan normas diferentes para determinar la ley aplicable, y la parte demandante puede escoger entre más de un foro en el cual ventilar su pretensión, entonces la ley aplicable no se conocerá hasta tanto el foro sea escogido. La falta de uniformidad en las normas que rigen la ley aplicable crea así incertidumbre en las relaciones legales. Tal falta de uniformidad

frustra la planificación racional. Las partes no pueden saber al actuar qué norma regula su conducta, porque ello depende de hechos posteriores al acto, tal como la elección del foro por parte de la actora. No existe duda alguna de que no todo acto que dé lugar a un proceso se planifica de antemano, pero algunos sí. Los actores institucionales, por ejemplo, deben decidir cuánto invertir para hacer que sus actividades sean más seguras, y qué actividades deben evitar cuando los riesgos de responsabilidad exceden a los beneficios. Incluso ciertos actos que no fueron planeados, con frecuencia se aseguran de antemano. Existen costos significativos cuando los actores – especialmente aquellos aviesos a riesgos – son forzados a tomar decisiones sin saber qué ley gobierna sus actos.¹

La falta de uniformidad en las normas que rigen la jurisdicción produce de igual modo una incertidumbre legal. Dado que los Estados por lo general ejecutarán las sentencias de otros Estados solamente si fueron emitidos por tribunales que, en su opinión, tenían jurisdicción sobre el caso, la falta de uniformidad en las normas jurisdiccionales provoca decisiones que, emitidas por un Estado, con frecuencia no son ejecutables en los tribunales de otros Estados.

En vista de los costos que acarrea la falta de uniformidad en las normas que rigen la jurisdicción y la ley aplicable, y la falta de cualquier beneficio compensatorio, parece evidente que sería conveniente contar con normas uniformes en el hemisferio sobre el tema.²

¹ GOTTESMAN, Michael. *Draining the Dismal Swamp: the Case for Federal Choice of Law Statutes*, 80 GEO. L. J.1, 11 (1991).

² Otra razón que se da a veces para preferir las leyes locales divergentes es que esto permite la experimentación local, y que dicha experimentación es necesaria para permitir que aparezca la mejor solución para un problema

Esto, no obstante, constituye tan sólo parte de la cuestión sometida al Comité. La cuestión para el Comité es si la OEA debería embarcarse en la negociación de un instrumento interamericano que unifique este tema, o parte del mismo. Esta es en última instancia una cuestión de asignación de recursos. Si pudiese obtenerse sin costo alguno un instrumento vinculante que unifique la ley de la jurisdicción y la ley aplicable en el hemisferio, sería más conveniente contar con dicho instrumento que no contar con uno. Pero lograr un acuerdo sobre dicho instrumento no constituye una empresa de costo cero. Verdaderamente, no existe garantía de que, una vez efectuados los gastos, se llegará a un acuerdo. Este Comité no está en condiciones, naturalmente, de juzgar si el esfuerzo de negociar tal instrumento merece más la obtención de los recursos de la Organización que otros asuntos urgentes. Podemos, sin embargo, ayudar a los órganos apropiados de la Organización a que efectúen tal juicio examinando varias cuestiones importantes: en primer lugar, ¿cuán severo es el problema atribuido a la diversidad de las normas aplicadas en la actualidad en el hemisferio con relación a la jurisdicción y a la determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales? En segundo lugar, ¿qué probabilidad existe de que este problema será corregido, sin gastos de recursos de la OEA, o de que se haya encontrado ya una solución satisfactoria por parte de otras entidades que trabajan en este tema? Finalmente, si otras entidades no llegan a una solución satisfactoria, ¿qué probabilidad existe que se encontrará una solución satisfactoria en el ámbito interamericano?

Lo que sigue es un bosquejo de los temas que deben ser examinados a fin de brindar respuestas para estas tres cuestiones fundamentales. Comenzaré discutiendo las cuestiones relevantes para un instrumento interamericano sobre la elección de la ley aplicable para obligaciones extracontractuales. Luego de ello, trataré de las cuestiones que se relacionan con un instrumento interamericano sobre jurisdicción en casos que versan sobre obligaciones extracontractuales.

I. ¿Qué tipos de Obligaciones Legales se Incluyen en el Enfoque de “Obligaciones Extracontractuales”?

A fin de verificar la severidad del problema que sería tratado en un instrumento interamericano sobre jurisdicción y la ley aplicable en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, y la probabilidad de que se llegue a un acuerdo sobre una solución, la primera tarea necesaria es la de considerar la variedad de los diferentes temas que caen dentro del campo de la responsabilidad extracontractual. Definir el alcance del campo y examinar los variados tipos de obligaciones que caben en el mismo, resulta importante para varias cuestiones que deben considerarse a fin de llegar a una conclusión sobre la viabilidad de un instrumento regulando la jurisdicción y la ley aplicable al tema, y sobre el tipo de instrumento que sería deseable. Por ejemplo, un instrumento que establezca principios generales aplicables a todas las obligaciones extracontractuales, parecería ser menos adecuado si el campo es amplio e incluye diversos tipos de obligaciones. Además, la negociación de dicho instrumento parecería ser más arriesgada políticamente si el campo incluye numerosos y diversos tipos de pretensiones, dado que durante los procesos de negociación y ratificación, deberían tenerse en cuenta y acomodarse los puntos de vista de un gran número de grupos interesados.

El ámbito de la responsabilidad extracontractual parece ser verdaderamente muy amplio, cubriendo literalmente todas las formas de responsabilidad que no nacen de un contrato. En un informe preparado en 1967, considerando la viabilidad de intentar la negociación de una

legal particular. Con relación a la responsabilidad extracontractual en general, se cuenta con siglos de experiencia con enfoques divergentes relativos a la jurisdicción y la elección de la ley. No es probable que nuevos enfoques aparezcan ahora. Sin embargo, con relación a tipos particulares de violaciones, tal como las que se producen en la Internet, bien puede haber necesidad de experimentaciones adicionales en el ámbito nacional.

convención general sobre jurisdicción y la ley aplicable en casos de responsabilidad extracontractual, la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado ilustró la amplitud y diversidad de las obligaciones legales que se ubican dentro de este campo, ofreciendo una nómina parcial de los tipos de obligaciones comprendidos. La Conferencia de La Haya observó que, además de los delitos bien conocidos, la lista de obligaciones extracontractuales incluían tal diversidad de obligaciones, tales como aquellas entre los miembros de las parejas comprometidas o casadas, las responsabilidades de los padres naturales respecto de sus hijos (por ejemplo, acciones de paternidad), compensación por delitos comerciales, reclamos basados en accidentes en alta mar, en ferrocarriles o carreteras y en el aire, responsabilidad por los productos y reclamos contra agentes públicos. Podría agregar que algunas de estas categorías incluyen un número de obligaciones diferentes. La categoría de delitos comerciales, por ejemplo, incluye violaciones contra los derechos de autor y contra el derecho de marca, contra las patentes, apropiación de secretos de comercio, interferencia contractual o con posibles relaciones contractuales, competencia desleal, sin mencionar las barreras ilegales contra el comercio y otras obligaciones de los carteles y monopolios.

La Conferencia de La Haya llegó a la conclusión, en 1967, que una convención general que verse sobre la ley aplicable a todas las obligaciones extracontractuales, no resultaba viable a raíz de la amplia diversidad de temas que cabían en esta área. En su lugar, propició una serie de convenciones más específicas sobre subcategorías particulares de obligaciones extracontractuales, tales como accidentes de tránsito y responsabilidad por productos defectuosos³. Desde 1967, el área se ha tornado aún más diversificada. Los avances tecnológicos han producido categorías enteramente nuevas de violaciones, tales como los ilícitos comerciales cometidos por medio del comercio electrónico (*e-commerce*). Los delitos son en sí familiares, pero el contexto del comercio electrónico ha requerido soluciones legales nuevas. La armonización de los enfoques para la jurisdicción en el área del comercio electrónico ha probado ser un problema inextricable. La falta de acuerdo con relación a este tema ha hecho casi sucumbir por sí solo el proyecto de Convención de La Haya sobre Jurisdicción y Ejecución de Sentencias. Aunque el esfuerzo continúa, el resultado más probable será el de una convención más estrecha cubriendo sólo las obligaciones que resulten de daños físicos.

Además, se ha producido actividad legislativa en muchos países creando categorías totalmente nuevas de reclamos extracontractuales. En los Estados Unidos, por ejemplo, la legislatura federal y las estatales han estado activas en aprobar leyes nuevas imponiendo responsabilidad civil por la discriminación con base en la raza, sexo, religión, nacionalidad, incapacidad y otras características. Las leyes también han dispuesto que existe responsabilidad civil en el caso de acoso sexual y otras conductas ofensivas en el lugar de trabajo. Otros tipos “nuevos” de reclamos que han aparecido en el sistema legal norteamericano, incluyen la pérdida del consorcio, interferencia indebida con la relación médico – paciente, negligencia en la práctica farmacéutica, acoso al prestatario y responsabilidad del prestamista.

La preparación de una lista de obligaciones extracontractuales reconocida en el hemisferio constituye así el primer paso necesario. Tal nómina no debe ser muy difícil de preparar.

II. Ley Aplicable

El Consejo Permanente ha instruido específicamente al Comité para considerar si resulta aconsejable propiciar la negociación de algún instrumento unificando las normas que rigen la

³ DUTOIT, Bernard M. *Mémoire relatif aux actes illicites en droit international privé (Secrétaire du Bureau Permanent)*. In: *Actes et documents de la Onzième session, 7 au 26 octobre 1968*. t. 3. La Haye: Bureau Permanent de la Conférence, 1970.

ley aplicable a las disputas extracontractuales en el hemisferio. También nos ha solicitado de manera específica que identifiquemos “áreas específicas en las que pueda verificarse un desarrollo progresivo de la regulación en esta materia mediante soluciones de conflicto de leyes” y realizar un “análisis comparativo de las normas estatales en vigor”. Esta sección establece un marco para analizar esta serie de cuestiones y un temario para una investigación futura.

A. La Naturaleza y Severidad del Problema

1. ¿Qué Grado de Divergencia Poseen las Normas Materiales en el Hemisferio con Relación a las Obligaciones Extracontractuales?

Cuestiones sobre la ley aplicable pueden presentarse en disputas que involucran más de un Estado, si las normas de los Estados comprendidos difieren sobre algún aspecto del reclamo. Por consiguiente, al cuantificar la severidad del problema que sería tratado por un instrumento que unifique las normas que rigen la ley aplicable a las disputas extracontractuales en el hemisferio, la primera cuestión que se presenta es: ¿Hasta qué punto difieren las leyes que rigen la responsabilidad extracontractual en el hemisferio? Responder a esta pregunta, naturalmente, requeriría de una labor inmensa. Dada la amplitud de la categoría de responsabilidad extracontractual, podríamos suponer que existe un grado significativo de divergencia entre las normas sustantivas del hemisferio con respecto a muchas formas de responsabilidad extracontractual. El hecho de que el hemisferio incluya tanto el *common law* y los sistemas legales de derecho civil, configura probablemente una razón suficiente para garantizar un grado significativo de diversidad. En efecto, como aquellos de nosotros que somos oriundos de sistemas federales lo podemos atestiguar, existe un amplio grado de diversidad en las leyes que gobiernan la responsabilidad extracontractual incluso entre los Estados de tradición *common law* y entre los Estados que cuentan con una tradición de derecho civil. Deberíamos por lo tanto proceder bajo la suposición que existe un grado significativo de diversidad entre las leyes materiales que rigen las obligaciones extracontractuales en el hemisferio.

2. ¿Cuál es el Grado de Divergencia entre los Enfoques Adoptados en el Hemisferio sobre la Elección de la Ley Aplicable a Disputas Extracontractuales?

La cuestión siguiente es en qué grado difieren las normas relativas a la determinación de la ley aplicable en disputas extracontractuales en el hemisferio. Un instrumento unificando dichas normas, sería tan sólo necesario, por supuesto, si hubiera falta de uniformidad en las normas vigentes. Aquí nuevamente, podemos presuponer con seguridad de que existe un grado significativo de diversidad. Solamente dentro de los Estados Unidos, se adoptan siete enfoques diferentes por parte de los variados Estados de la federación con relación a la determinación de la ley aplicable. Veintidós Estados adoptan la regla de la “relación más significativa” del Segundo “*Restatement*”; diez Estados siguen la regla tradicional de la ley del lugar donde se cometió el delito, la *lex loci delicti*. Cinco Estados adoptan el enfoque de la “mejor ley”; tres Estados adhieren al análisis del interés; tres Estados contemplan el enfoque de los “contactos significativos”, y tres Estados aplican la *lex fori*.⁴ Así, incluso si las normas para la determinación de la ley aplicable utilizadas en el resto del hemisferio fuesen perfectamente uniformes, un instrumento interamericano unificando las normas que rigen la ley aplicable en los casos internacionales sería de utilidad, si los Estados Unidos fuesen parte, sólo si en virtud del mismo se unifican las normas aplicadas por los tribunales en los Estados Unidos en casos internacionales. La realidad, por supuesto, es que existe una gran diversidad entre las normas aplicadas en el resto del hemisferio también.

⁴ Ver SYMEONIDES, Symeon C. *Choice of law in the American Courts in 2000: as the century turns*, 49 A. M. J. COMP. L.1,13, 2001.

Sin embargo, por varias razones, no puede evitarse una investigación pormenorizada sobre las normas aplicadas en el hemisferio para determinar la ley aplicable a disputas extracontractuales. Tal estudio se requiere, en primer lugar, porque no estamos meramente buscando algún tipo de seguridad de que exista suficiente falta de uniformidad para justificar el gasto de recursos demandados por este proyecto; también buscamos la seguridad de que el alcance y la naturaleza de la diversidad que existe entre las normas aplicadas en el hemisferio no es tan grande como para que resulte improbable llegar en última instancia a un acuerdo sobre un enfoque común. También es necesaria una detallada descripción de las normas aplicadas en el hemisferio para obtener indicios sobre las normas que contendrán por ser adoptados si y cuando llegue el tiempo de redactar el proyecto de instrumento. En tercer lugar, una comprensión de la experiencia de los Estados miembros con las normas que han aplicado será importante, si y cuando llegue el tiempo de escoger entre las normas en contienda. Finalmente, la resolución de la CIDIP, que el Consejo Permanente nos ha encomendada considerar como base, exige un “análisis comparativo de las normas estatales en vigor”.

Para ciertos Estados miembros, la investigación debe enfocar la ley de las unidades subnacionales. Este es el caso de los Estados Unidos, donde la elección de la ley está generalmente gobernada por las leyes de cada uno de los Estados de la federación, incluso en los casos internacionales.

La investigación debe también considerar el alcance en el cual los Estados aplican normas diferentes para la determinación de la ley aplicable con respecto a las diferentes categorías de responsabilidad extracontractual. Este análisis será de importancia capital al examinar la cuestión de si resulta viable una convención general sobre el tema. Una divergencia muy grande entre las normas aplicadas por los Estados para las diversas categorías de obligaciones extracontractuales, hará menos probable que pudiese lograrse un tratamiento satisfactorio del tema mediante una única convención general. Un análisis de las normas sobre la ley aplicable utilizadas por los Estados en las varias subcategorías de responsabilidad extracontractual será también importante para determinar cuál de dichas subcategorías es adecuada para un instrumento más estrecho, en caso de que lleguemos a la conclusión que un instrumento general resulta inviable. Como lo ha sugerido el Consejo Permanente, la adecuación de una subcategoría de obligación extracontractual para tratamiento en un instrumento sobre elección de la ley, dependerá del grado de armonía que se ha alcanzado entre los Estados de hemisferio con relación a la determinación de la ley aplicable dentro de dicha subcategoría. Una divergencia demasiado amplia de las normas sobre la determinación de la ley aplicable en una determinada subcategoría, indicaría que el terreno no está maduro para su tratamiento en un instrumento interamericano.

Idealmente, la encuesta o investigación debería también discutir la experiencia histórica de varios Estados miembros, cuyos enfoques para la determinación de la ley aplicable han evolucionado con el transcurso de los años. Por ejemplo, la experiencia de los Estados Unidos con relación a la determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales podría ser instructivo:

En los Estados Unidos, la determinación de la ley aplicable en caso de responsabilidad extracontractual estaba reglada, en casi todos los Estados, por la regla tradicional de la ley de comisión del delito, tal como lo establece el Primer “*Restatement*” sobre el Conflicto de Leyes. El enfoque del Primer “*Restatement*” fue severamente criticado a principios del siglo XX, alegándose que era formalista en exceso y que producía resultados arbitrarios e injustos. La famosa decisión de 1963 de la Corte de Apelaciones de Nueva York en el caso *Babcock c/ Jackson*⁵ inició una revolución en la determinación de la ley aplicable. Uno por uno, los Estados

⁵ 191 N.E. 2d 279 (N.Y. 1963).

abandonaron la regla tradicional y adoptaron una u otra versión del análisis del interés. La idea central por tras del análisis de interés es que la determinación de la ley aplicable requiere, como tarea inicial, la determinación de cuáles de los diferentes Estados cuyas leyes pugnan por ser aplicadas, tiene interés en ver su ley aplicada en un caso particular. Por ejemplo, si la ley de un Estado coloca límites a la recuperación, los tribunales involucrados en un análisis del interés concluirán por regla general que el Estado tiene interés en aplicar dicha ley solamente si el demandado se domicilia en el mismo, porque el propósito de una ley que limita la responsabilidad es proteger a los demandados, y supuestamente el Estado solamente tiene interés en proteger a los demandados si los mismos están domiciliados en su territorio. Si solamente un Estado tiene interés en aplicar esta ley, entonces tenemos un falso conflicto, debiendo aplicarse la ley del único Estado interesado. Si más de un Estado tiene interés en aplicar la ley, entonces tenemos un conflicto verdadero y se requiere algún mecanismo para resolverlo. Los juristas han propuesto y los Estados han adoptado varios enfoques diferentes para resolver los conflictos verdaderos. Según uno de tales enfoques, el foro siempre aplicaría su propia ley. Según otro, el tribunal aplicaría la ley del Estado cuya política se viese mas afectada en caso de no aplicarse al caso. Aún más, bajo otro punto de vista, el tribunal aplicaría la ley que considere ser la más apropiada según el mérito.

En los años 70, el *American Law Institute* elaboró el Segundo “*Restatement*” del Conflicto de Leyes, el cual establece un enfoque ecléctico, según el cual la ley que se aplica es la ley del Estado que posee la “relación más significativa” con el tema sobre el cual las normas divergen, un enfoque que rememora el enfoque británico de la “ley apropiada”. El Segundo “*Restatement*” establece una lista que no es taxativa de factores que deberían ser tomados en consideración por el tribunal al determinar qué Estado posee la relación más significativa. Se otorga así a los tribunales una amplia discreción para aplicar la ley que consideran como la más apropiada en un caso determinado. El enfoque del Segundo “*Restatement*” ha ganado popularidad entre los tribunales, lo cual no es de sorprender, porque se espera que los tribunales se sientan atraídos hacia un enfoque que los deja con una discreción virtualmente irrestricta. Pero el Segundo “*Restatement*” no ha obtenido una aceptación total. El enfoque del Segundo “*Restatement*” ha sido adoptado por poco menos de la mitad de los Estados (22). Otros Estados aplican una u otra versión del análisis de interés, y diez Estados continúan adhiriendo a la regla tradicional de la ley del lugar de perpetración del delito.

Los enfoques modernos han estado sujetos a serias críticas académicas porque no brindan seguridad o previsibilidad en las relaciones jurídicas. El profesor Michael Gottesman describió de manera sucinta las desventajas de este enfoque:

El sistema es dispendioso. En los Estados que han adoptado alguno de los enfoques modernos, las partes pueden finalmente litigar sobre la aplicación de criterios indeterminados, tal como los “intereses” que van a controlar según el análisis de intereses o la combinación de intereses y contactos que deben ser consultados según el Segundo “*Restatement*”.... esto es tan costoso cuanto dispendioso en términos de tiempo. Aún más, luego que las partes han gastado recursos ventilando la cuestión por ante el tribunal, y luego de que el tribunal ha decidido que la ley del Estado “A” ejerce el control, el proceso subsiguiente puede demostrar ser totalmente inútil si el tribunal de alzada determina más tarde que la elección de la ley fue equivocada y que la ley que rige es la del Estado B.⁶

Los críticos de los enfoques modernos prefieren una regla más determinada que recuerde a la ley del lugar de comisión del delito. Por otro lado, los enfoques sobre la adopción de la ley

⁶ GOTTESMAN, Michael. *Draining the Dismal Swam: the Case for Federal Choice of Law Statutes*, 80 GEO. L. J. 1, 11 (1991).

que producen resultados determinados, son frecuentemente objeto de críticas por producir resultados arbitrarios o injustos. Muchos juristas creen que la certidumbre y la previsibilidad en el área de la determinación de la ley aplicable puede solamente obtenerse a costa de la justicia y equidad en los casos individuales. El debate entre proponentes de las reglas que producen resultados determinantes y los que defienden los enfoques de la elección de la ley que producen resultados equitativos y justos, ha sido constante en los Estados Unidos. El debate se reproduciría, sin duda alguna, en el contexto de la negociación de un instrumento interamericano para unificar las normas aplicables al tema.

La experiencia en los Estados Unidos ilustra no solamente la severidad del problema en el microcosmo, sino la dificultad en llegar a una solución. La situación actual es ampliamente considerada como caótica. William Prosser, el autor del famoso *Treaties on Tort Law* (Tratado sobre Responsabilidad Extracontractual) ha escrito:

El reino del conflicto de leyes es una ciénaga sombría, repleta de pantanos movedizos, y habitado por estudiosos versados pero excéntricos que teorizan sobre asuntos misteriosos en una jerga extraña e incomprensible. El tribunal común, o el abogado, se encuentra verdaderamente perdido al verse enredado y sepultado en él.⁷

Prosser escribió estas palabras antes de la revolución que ocurrió sobre el tema. Desde entonces, la situación ha empeorado mucho. Algunos juristas solicitaron al Congreso que interviniera y aprobase un estatuto federal que sería de aplicación uniforme en todo el país, en virtud de que poseía dicha potestad.⁸ Otros han recomendado la elaboración de un modelo de estatuto de elección de la ley, a ser adoptado por las legislaturas estatales.⁹ Otros han escrito que, como mínimo, debería redactarse un proyecto de un Tercer “*Restatement*”¹⁰. Ninguna de estas alternativas ha sido llevada a cabo.

Las razones de esta falla pueden responder a la cuestión de si se puede obtener acuerdo en el ámbito interamericano. Seguramente es relevante a la cuestión de si puede lograrse apoyo suficiente para un único enfoque dentro de los Estados Unidos para permitir que este país adhiera a dicho instrumento. Existe un número de posibles razones para la persistencia del evidente estado insatisfactorio del tema en los Estados Unidos. El hecho de que el Congreso se ha negado a tratar el asunto, se debe sin duda al gran número de temas importantes que compiten por conseguir un lugar en su agenda. El problema de la ley aplicable es relativamente esotérico, sobre el cual la vasta mayoría de votantes no tiene conocimiento alguno ni interés. Por otro lado, la falla del Congreso puede reflejar el punto de vista de que esta área se debería dejar al arbitrio de los Estados de la federación, que tradicionalmente han tratado del asunto. La explicación para la falla de la Comisión de Ley Uniforme de redactar dicha ley uniforme (es decir, modelo) es menos obvia. Puede reflejar un impasse político, donde la asociación de abogados litigantes luche por una norma que ayude a los demandantes y donde las corporaciones y los otros demandados luchen por un enfoque contrario. Puede reflejar la creencia de que el problema de determinación de la ley aplicable es insoluble, y que por consiguiente resulta más promisorio atacar el problema de la falta de uniformidad tratando de armonizar las normas materiales. En cualquier caso, las razones por las cuales los Estados Unidos hasta ahora no ha solucionado el problema de la determinación de la ley aplicable, a

⁷ PROSSER, William. *Interstate Publication*, 51 MICH L. REV. 959, 971 (1953).

⁸ GOTTESMAN, Michael, *op. cit.* BAXTER, William F. *Choice of law and the federal system*, 16 Stan. L. Rev. I (1963).

⁹ KRAMER, Larry E. *On the Need for a Uniform Choice of Law Code*, 89 Mich. L. Rev. 2134 (1991).

¹⁰ SYMEONIDES, E., SYMEON C. *Thee Need for a Third Conflicts Restatement (And a Proposal for Torts Conflicts)*, 75 IND. L. J. 437 (2000).

pesar del hecho de que es ampliamente considerada como una ciénaga sombría, parecerían ser relevantes a la cuestión de si la tentativa de conseguir un instrumento interamericano general o específico sobre el tema pudiese tener éxito. El estudio del Comité debería enfocar estas razones.

En síntesis, se hace necesario un estudio profundizado de las normas que han sido aplicadas por los diferentes Estados (y las unidades subnacionales, cuando corresponda) del hemisferio, para permitirnos verificar la severidad del problema que debe ser tratado por un instrumento interamericano unificando la ley aplicable a disputas extracontractuales en el hemisferio. Tal estudio será también de ayuda para determinar si es posible lograr un acuerdo sobre una solución uniforme, y a identificar la solución más promisoría.

El tipo de investigación que aquí propongo involucraría, sin duda, una tarea enorme. Especialmente onerosa resultaría la tentativa de describir las normas utilizadas por los Estados del hemisferio (y las unidades subnacionales, según corresponda) para determinar la ley aplicable a todas las numerosas categorías de obligaciones extracontractuales. Los relatores deberían contar con la ayuda de la Secretaría de Asuntos Jurídicos y tal vez de otras entidades. Si una investigación de las normas del hemisferio con relación a todas las subcategorías de obligaciones extracontractuales se considera inviable a la luz de las limitaciones de recursos, la investigación podría tal vez limitarse a aquellas categorías que han dado lugar al mayor número de disputas internacionales, y en las cuales el tema de la ley ha estado presente. Debo observar, no obstante, que si tal estudio pormenorizado resultase inviable, este hecho en sí sería una razón para concluir que resulta imprudente un instrumento general regulando el tema para la totalidad de dichas categorías. Sería insensato proponer un instrumento general que norme la determinación de la ley aplicable en todas las áreas mencionadas, si carecemos de recursos o de medios para estudiar cómo los numerosos tipos de obligaciones se verían afectados por dicho instrumento. No tienden a ser adoptados los instrumentos cuya aceptación configure solamente un acto de fe y, caso se adopten, no son ratificados.

Por otro lado, nos veríamos justificados al limitar nuestra investigación para categorías seleccionadas de obligaciones extracontractuales, si luego de un primer análisis (tal como el realizado por la Conferencia de La Haya en 1967) concluimos que resultaría inviable un instrumento general que trate el tema para todas las disputas extracontractuales. El enorme costo demandado por el trabajo preparatorio necesario para justificar el comienzo de la negociación de un instrumento general, puede por sí sólo constituir una razón suficiente para concluir que la negociación de dicho instrumento no es aconsejable.

3. La Naturaleza y la Importancia del Problema

Finalmente, la verificación del beneficio potencial de un instrumento interamericano sobre ley aplicable a cuestiones extracontractuales requiere no solamente la determinación del grado de falta de uniformidad en las normas existentes sobre este tema en el hemisferio, sino también la emisión de un juicio sobre la severidad del problema causado por dicha falta de uniformidad. Esto requiere, en primer lugar, la identificación de la naturaleza de los daños causados por la falta de uniformidad en las normas sobre la elección de la ley, y un juicio sobre cuán severo dicho daño resulta en el contexto de las obligaciones extracontractuales.

Los costos de la falta de uniformidad en las normas que rigen la determinación de la ley aplicable fueron estudiados anteriormente. Se considera que tal falta de uniformidad es perjudicial porque da lugar a incertidumbre en las relaciones jurídicas. Si diferentes Estados aplican reglas diferentes para determinar la ley aplicable, a fin de determinar las consecuencias legales de un acto determinado con puntos de conexión internacionales; las personas involucradas no pueden saber de antemano hasta dónde dichos actos harán nacer la responsabilidad. No puede saberse cuál es la ley aplicable sin saber cuál será el foro. Si más de

un tribunal tiene jurisdicción, el actor determinará la ley aplicable al elegir el foro. Esto produce el fenómeno del *mercado del foro*, que muchos aunque no todos los comentaristas consideran como indeseable. Para las personas involucradas, se considera que tal situación produce incertidumbre legal. Además, desde que se espera que el demandante escoja el foro que aplicará la ley más favorable, tal diversidad provoca una tendencia hacia una responsabilidad más expansiva. Esta tendencia se inclina a anular las políticas públicas de los Estados que favorecen una responsabilidad menos expansiva.

Una vez que son identificados los daños producidos por la falta de uniformidad sobre el tema, la cuestión es si estos problemas revisten preocupación en el campo de responsabilidad extracontractual. La necesidad de certidumbre legal, por ejemplo, se considera como siendo más importante en las cuestiones contractuales, dado que las personas confían en la ley aplicable para estructurar sus transacciones. Dado que las personas no planifican sus accidentes, la necesidad de contar con certeza legal ejerce posiblemente menos presión en el área de la responsabilidad extracontractual tratándose de la responsabilidad por accidentes. Por otro lado, las personas contratan seguros para protegerse contra los riesgos de la responsabilidad extracontractual. Las compañías aseguradoras se basan en la ley aplicable para establecer sus primas. La incertidumbre producida por las reglas divergentes sobre la cuestión de la ley aplicable puede dar lugar a primas más elevadas si las compañías aseguradoras estructuran sus premios en la suposición que las disputas serán regidas por la ley más favorable para el reclamante.

Un análisis profundizado de las razones por la cual la falta de uniformidad sobre este tema es problemático, y del alcance en que tales daños son materia de preocupación en el área de responsabilidad extracontractual, es necesario, no solamente para verificar el alcance del problema que sería tratado mediante un instrumento interamericano, sino también para brindar un criterio contra el cual medir cualquier solución propuesta. Si el problema que se quiere corregir mediante un instrumento que unifique las normas hemisféricas para la determinación de la ley aplicable es la incertidumbre y la imprevisibilidad en las relaciones jurídicas, entonces el instrumento que deberíamos proponer (si es que decidimos proponer un instrumento) debería adoptar un enfoque para la determinación de la ley aplicable que ofrezca certidumbre y previsibilidad. Como lo mencioné anteriormente, los enfoques modernos para la determinación de la ley aplicable adoptados en algunos Estados de los Estados Unidos han sido seriamente criticados por juristas, porque no permiten la certidumbre y la previsibilidad. Son tan indeterminados que resulta imposible saber qué ley gobierna nuestra conducta hasta bien después de haber sido ejecutado el acto, cuando el juez decide *post hoc* qué norma legal debía haber sido cumplida. Si el propósito de la ley es guiar la conducta humana, entonces las normas indeterminadas para determinar la ley aplicable parece fundamentalmente incompatible con el estado de derecho.

En cualquier caso, si el instrumento contemplado busca corregir el problema de la falta de uniformidad en virtud de la carencia de certidumbre y de previsibilidad causadas por dicha falta de uniformidad, entonces la adopción uniforme de una regla indeterminada, poco o nada haría para corregir el problema. Verdaderamente la adopción uniforme de una regla indeterminada para determinación de la ley aplicable, podría empeorar las cosas en el hemisferio.

Por otro lado, como ya fuera observado, los enfoques determinados son frecuentemente criticados porque a veces producen resultados arbitrarios e injustos. Supongo que es posible que se desee contar con un instrumento interamericano, no para el fin de alcanzar uniformidad como tal sino, en lugar de ello, para verse finalmente libre de la norma tradicional de la ley de comisión del delito que continúa rigiendo en algunos Estados, y eliminar así los resultados injustos y arbitrarios producidos a veces por aquella norma. Parece bastante raro, sin embargo,

promover un instrumento internacional unificando la ley aplicable en el hemisferio con el fin de *disminuir* la certidumbre y previsibilidad en las relaciones jurídicas, que son tan propicios para el comercio internacional. No es que sugiera que la equidad y la justicia deben ser totalmente sacrificadas en aras de la certidumbre y la previsibilidad. El reto es encontrar el terreno propicio para un avenimiento – encontrar un enfoque que ofrezca un grado significativo de certidumbre y previsibilidad y también resultados generales tolerablemente equitativos y justos. Ha sido éste el propósito de los juristas dedicados al tema en los Estados Unidos, durante las últimas décadas. Luego de que el péndulo se desplazó de un extremo para el otro, los juristas (y algunos tribunales) han estado buscando un terreno propicio para el avenimiento, pero sin éxito visible. Parece ser que en última instancia se tendrá que decidir si la primera preocupación al determinar la ley aplicable debe ser el promover la certidumbre y la previsibilidad en las relaciones jurídicas, o permitir que los tribunales alcancen la equidad y la justicia en los casos individuales.¹¹ En cualquier caso, una de las cuestiones para el Comité es si un terreno propicio satisfactorio puede ser encontrado en el ámbito interamericano en un instrumento general o en una serie de convenciones más específicas. Mi punto de vista tentativo es que el terreno propicio será logrado a través de normas algo diferentes en las díspares categorías de obligaciones extracontractuales y que, según ello, los instrumentos más limitados tienen mayor posibilidad de alcanzar dicho objetivo.

B. Esfuerzos Pasados y Actuales de Otras Organizaciones

La siguiente tarea consiste en considerar los esfuerzos pasados y actuales de las organizaciones globales y regionales que han tratado de unificar las normas que rigen la determinación de las leyes aplicables a disputas extracontractuales. Si los esfuerzos pasados de tales organizaciones han fracasado, las razones de tal fracaso pueden resultar instructivas. Si los esfuerzos pasados de las organizaciones globales han tenido éxito en producir instrumentos en esta área, pero los Estados del hemisferio no se han adherido a los mismos, es necesario determinar las razones por dicha falta de ratificación. Puede resultar que la solución del problema sea simplemente urgir la ratificación de los instrumentos globales existentes. Si los Estados del hemisferio han fallado en ratificarlos porque consideran a los instrumentos insatisfactorios, es importante saber por qué los consideraron insatisfactorios. Si los esfuerzos pasados de las organizaciones regionales han tenido éxito, los instrumentos resultantes podrían brindar un modelo útil para un instrumento interamericano. Finalmente, si los esfuerzos de las organizaciones globales continúan aún, puede ser prudente aguardar los resultados de tales esfuerzos, antes de tomarse el trabajo de negociar un instrumento interamericano. Muchos de los Estados del hemisferio son Miembros de tales organizaciones y participan activamente de su quehacer. Aún aquellos que no participan se benefician de la labor de las organizaciones globales, dado que los instrumentos que producen están generalmente abiertos a la firma de todos los Estados. De manera similar, si otras organizaciones regionales están llevando a cabo esfuerzos sobre el mismo tema, los instrumentos que adopten podrían servir como modelos de utilidad para un instrumento interamericano, y su fracaso para llegar a un acuerdo sobre cualquier instrumento podrían constituir una mala señal respecto de las perspectivas de éxito en las Américas.

Como fuera observado anteriormente, la Conferencia de La Haya estudió la conveniencia de intentar la negociación de una convención sobre la ley aplicable en el campo de la responsabilidad extracontractual. En 1967 llegó a la conclusión de que, dada la amplia

¹¹ Debo enfatizar que el tipo de justicia al cual me refiero aquí no es la justicia material. En otras palabras, no estoy sugiriendo que los jueces deberían ser libres para aplicar las normas sustantivas que consideren ser las más justas y equitativas. En vez de ello, me refiero a lo que se conoce como “justicia de conflicto de leyes”, es decir, la justicia en virtud de la cual una de las varias leyes en contienda debería gobernar una disputa en particular. Ver en general JUENGER, Friedrich K. *Choice of Law and Multistate Justice* (1993).

diversidad de temas y obligaciones comprendidas en el campo de la responsabilidad extracontractual, una única convención general tocando el tema resultaba inviable en esta área. La Conferencia, en cambio, decidió intentar convenciones más limitadas sobre temas específicos. En 1971, la Conferencia de La Haya adoptó la Convención sobre la Ley Aplicable en Materia de Accidentes de Circulación por Carretera, y en 1973, adoptó la Convención sobre la Ley Aplicable a la Responsabilidad Derivada de los Productos. Ambas convenciones están vigentes. Diecinueve estados adhirieron a la Convención sobre Accidentes de Circulación por Carretera, y trece adhirieron a la Convención sobre Responsabilidad Derivada de los Productos. Sin embargo, ningún Estado de este hemisferio se ha adherido a estas convenciones. Es importante determinar si las razones que llevaron a la Conferencia de La Haya a concluir que una convención general era inviable en el ámbito global son convincentes y se aplican también al ámbito interamericano. Resulta también importante determinar por qué las dos convenciones específicas no han sido ratificadas por los Estados de este hemisferio.

En el ámbito regional, la Unión Europea ha tratado esporádicamente de codificar la elección de la ley con relación a las obligaciones extracontractuales. A principios de la década del setenta, la Comunidad Europea produjo un Proyecto de Convención sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales y Extracontractuales. Los Artículos 10-14 establecían reglas sobre la ley aplicable a obligaciones extracontractuales, adoptando un enfoque que recuerda al del Segundo “*Restatement*” en los Estados Unidos. Las disposiciones del proyecto de convención referidas a las obligaciones contractuales fueron adaptadas en la Convención de Roma sobre la Ley Aplicable a Obligaciones Contractuales del 19 de junio de 1980. La labor sobre la convención con relación a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales permaneció inactiva hasta que el Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado, una asociación de profesores prominentes, completó una propuesta para una Convención sobre la Ley Aplicable a Obligaciones Extracontractuales (que formó la base para el Documento Verde que se conoció como el “Roma II”). La propuesta fue enviada a la Secretaría General del Consejo Europeo, que constituyó un grupo de trabajo sobre el tema. Luego de prolongada demora, atribuida principalmente a controversias referidas al comercio electrónico, el Consejo Europeo expidió un segundo Documento Verde en mayo de 2002, buscando comentarios sobre una propuesta de Reglamentación del Consejo sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Extracontractuales. Esta nueva propuesta de Roma II deja la cuestión de la ley aplicable a obligaciones extracontractuales en disputas referidas al comercio electrónico a ser regidas por las normas de la Directiva de la Unión Europea sobre Comercio Electrónico. Los comentarios sobre esta propuesta se recibirán en setiembre de este año. Deberían estudiarse detenidamente la experiencia europea de tratar de unificar la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, así como los comentarios que se reciban sobre la propuesta de Roma II.

En el ámbito subregional, el Mercosur ha tratado de encarar la cuestión de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, tal como se discute en el informe de la doctora Villalta Vizcarra. Estos y otros esfuerzos deberían ser objeto de un cuidadoso escrutinio por lo que ellos podrían decirnos sobre la posibilidad de llegar a un acuerdo sobre este tema en el ámbito interamericano.

C. Posibilidad de una Negociación Satisfactoria en el Ámbito Interamericano

Si los esfuerzos de otras organizaciones no han logrado o probablemente no lograrán un acuerdo sobre un instrumento de utilidad, la cuestión siguiente es: ¿qué posibilidad existe de que un producto satisfactorio sea negociado en el ámbito interamericano? Ya se han mencionado algunos aspectos de esta cuestión. En lo que respecta a un acuerdo general sobre la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual, ¿son las razones de la Conferencia de La Haya que llevaron a concluir que tal acuerdo era inviable en el ámbito global, aplicables también al ámbito regional? La experiencia europea con la Roma II puede arrojar luz sobre

dicha cuestión. Si los europeos dejan de producir un reglamento, a pesar de su mayor grado de integración económica, las posibilidades de que se llegue a un acuerdo en las Américas pueden ser más exiguas.

La cuestión aquí es si existen razones para ser optimistas en que nosotros, aquí en las Américas, vamos a tener éxito allí donde otros que nos precedieron han fallado. Podría haber una base para el optimismo si nuestros sistemas legales fueran más armoniosos que los de aquellos que lo han intentado, o si nuestros Estados tienen un deseo más fuerte de lograr una solución para el problema, y un mayor deseo de comprometerse para tal fin. Aunque se necesita una investigación más extensa, mi opinión es que nuestros sistemas legales con relación a la ley aplicable a obligaciones extracontractuales son al menos tan diversos como aquéllos de Europa, y tal vez tan diversas como los Estados que generalmente participan de la Conferencia de La Haya. Además, me parece que nuestro hemisferio incluye numerosos grupos de interés poderosos que efectivamente pueden frustrar el compromiso si quisiesen. Por estas razones, creo que sería muy difícil llegar a un acuerdo sobre un instrumento que intente regular dicho tema para todas las disputas extracontractuales.

Por otro lado, puede haber una razón mayor para ser optimistas de que puede llegarse a un acuerdo sobre un instrumento que unifique la ley aplicable a una categoría específica de obligación extracontractual. Dentro de una categoría estrecha, las normas del hemisferio podrían ser más armoniosas, o podrá estar disponible una solución que pueda interesar a una gama más amplia de personas interesadas.

Si concluimos que un acuerdo sobre elección de la ley puede ser viable con relación a una categoría particular de obligación extracontractual, debe considerarse otra cuestión: ¿Sería corregido el problema más fácilmente y más satisfactoriamente por medio de un instrumento armonizando la ley material sobre el tema dentro del hemisferio? Como fuera observado, el problema de determinación de la ley aplicable surge solamente si difieren las leyes materiales sobre el tema. La falta de uniformidad en las normas que rigen la ley aplicable es indeseable en virtud de las razones ya apuntadas. Una manera de tratar tal carencia de uniformidad consistiría en unificar las normas que rigen la ley aplicable. Otra manera de tratar el problema, sería armonizando las leyes materiales, obviando así el tema de la ley aplicable. Naturalmente que sería inconcebible armonizar la ley material relativa a todas las categorías de obligaciones extracontractuales. Pero puede ser posible armonizar la ley material en una categoría particular de obligaciones extracontractuales. La armonización de la ley material puede ser incluso una solución más atractiva para el problema porque produce aún más certidumbre y previsibilidad en las relaciones jurídicas transfronterizas. En los Estados Unidos, se ha producido una tendencia marcada hacia dicha armonización, sea impuesta por el gobierno federal o negociada entre los Estados. Se ha producido una tendencia similar en las Américas. En la CIDIP-VI, los dos únicos proyectos de éxito trataban de la armonización de la ley material. Así, antes de recomendar la negociación de un instrumento interamericano sobre conflicto de leyes relativo a una categoría específica de obligaciones extracontractuales, deberíamos considerar si sería mejor resolver el problema armonizando la ley material.

III. Jurisdicción

Se nos ha solicitado también considerar la conveniencia de iniciar la negociación de un instrumento interamericano que regle la jurisdicción en disputas extracontractuales. Mi discusión sobre este tema será relativamente breve.

El propósito de un instrumento que regule la jurisdicción dependerá si forma parte de un instrumento que versa también sobre la ley aplicable o no. Si no es parte de un instrumento que regula la ley aplicable, la importancia principal del instrumento jurisdiccional será el de reglar indirectamente la ley aplicable. Como vimos, falta de uniformidad en las normas sobre la ley

aplicable es un problema cuando las partes demandantes tienen la posibilidad de escoger entre más de un foro. En tales circunstancias, los demandantes pueden embarcarse en un *mercado de foros*, eligiendo aquél que consideran que va a aplicar la ley que les sea más favorable. Un instrumento que limite los foros que poseen jurisdicción sobre un caso particular limitará indirectamente las posibles leyes aplicables al restringir los lugares entre los cuales el demandante pueda escoger para radicar la demanda. Generalmente, la ley aplicable será la consideración más importante para los demandantes al elegir un foro. Así, en ausencia de un instrumento que regle la ley aplicable, la importancia principal para las partes privadas de un instrumento que regula la jurisdicción será su regulación indirecta de la ley aplicable.

Por otro lado, si el instrumento jurisdiccional incluye disposiciones regulando la ley aplicable, y las disposiciones sobre este tema son relativamente determinadas, entonces la elección del foro casi no jugará un papel tan ostensivo en determinar la ley aplicable. La razón de ser de un instrumento estableciendo una regla determinada de la ley aplicable, es la de brindar certidumbre y previsibilidad con relación a la ley aplicable, estableciendo una regla que sería utilizada por los tribunales de todos los Estados parte del instrumento. El resultado sería que la ley aplicable no cambiaría según fuere el foro escogido por el actor. La misma ley resultaría aplicable independientemente del estado en el cual se incoase el proceso. En tales circunstancias, la regulación de la jurisdicción juega un papel menos importante. La elección del foro determinará aún la ley aplicable con relación a ciertos temas. Por ejemplo, aún cuando la ley de otro Estado es aplicable a temas materiales, el foro aplicará sus propias normas de procedimiento. Con una excepción importante, sin embargo, las normas procesales no resultarán típicamente de mayor importancia para las partes. Así, las disposiciones jurisdiccionales que constan en un instrumento sobre la ley aplicable, que brinda disposiciones determinadas sobre el tema, servirá principalmente para garantizar un foro para el demandado que sea relativamente conveniente.

La excepción importante implica ciertas reglas procesales de los Estados Unidos. Como es bien sabido, en los Estados Unidos los procesos civiles son generalmente decididos por un jurado. Los juicios por jurados son frecuentemente muy atractivos para los demandantes y muy amenazadores para los demandados. Si el proceso se ventila frente a un jurado o frente a un juez es un asunto procesal con relación al cual el foro aplicará sus propias normas, independientemente si la ley extranjera se aplica a los aspectos materiales del caso. Así, los actores podrán desear un tribunal en los Estados Unidos, incluso si fuera de aplicación la ley extranjera con relación al objeto del reclamo, solamente para alcanzar los beneficios de un juicio por jurados. Las disposiciones jurisdiccionales de un instrumento que también regula la ley aplicable, pueden así tener gran importancia para el resultado de un caso que incluye demandantes que desean tramitar sus juicios en los Estados Unidos.

Si las disposiciones jurisdiccionales constan en un instrumento que regula la ley aplicable de una manera altamente indeterminada, su importancia sería aproximadamente la misma de si el instrumento no trata en absoluto sobre la ley aplicable. Si la regla que rige la determinación de la ley aplicable es altamente indeterminada, resulta imposible predecir cómo decidirá el juez. Los juristas han observado, no obstante, que existe una tendencia distintiva de los jueces que aplican tales reglas, de aplicar la ley del foro. Estas reglas indeterminadas tienden así a aproximar el enfoque de la *lex fori*, según el cual los tribunales de un Estado siempre aplican la ley de dicho Estado. (Así, mientras la ley que rige será conocida en el momento en que el actor escoge el foro, aún produce incertidumbre e imprevisibilidad antes de que el demandante haya escogido donde radicar su demanda.) En tales circunstancias, la elección del demandante con relación al foro determinará de manera indirecta la ley aplicable, de la misma manera que lo haría si no hubiese instrumento regulando la ley aplicable.

¿Qué nos dice este análisis sobre la posibilidad de negociar con éxito un instrumento que regle la jurisdicción en disputas extracontractuales? Sugiere que un acuerdo sobre principios jurisdiccionales será relativamente fácil si forman parte de un instrumento que también regule la ley aplicable, al establecer una regla determinada para determinar la ley aplicable (excepto tal en casos en los cuales existe la posibilidad de juicio por jurados). Por otro lado, si el acuerdo sobre una regla de la ley aplicable resulta inalcanzable, el acuerdo sobre las disposiciones jurisdiccionales tenderá a ser también difícil porque, en tales circunstancias, las disposiciones jurisdiccionales servirían como regulación indirecta de la ley aplicable. (Lo mismo sería verdad si el instrumento incluyera disposiciones para la determinación de la ley aplicable, adoptando una regla indeterminada.)

Esta predicción podrá ser confirmada por la tentativa en curso de la Conferencia de La Haya para negociar una convención que regule la jurisdicción y la ejecución de las decisiones (pero no la ley aplicable). Las negociaciones revelan que las normas jurisdiccionales son tratadas como reglamentaciones indirectas de la ley aplicable, y han sido sumamente divisivas precisamente por esta razón.¹² Como fuera observado, las negociaciones de La Haya, aunque técnicamente se encuentren en curso, parecen encontrarse en un impasse. Entre los desacuerdos más obstinados se han involucrado las disposiciones relativas a la jurisdicción sobre las obligaciones extracontractuales. Estas disposiciones han causado preocupaciones significativas en la medida en que serían aplicables a ciertas obligaciones, tales como las relativas al comercio electrónico. La experiencia de la década pasada de la Conferencia de La Haya tratando de negociar un tratado global sobre jurisdicción y ejecución de las decisiones debería ser cuidadosamente estudiada, en razón de las lecciones que pueda ofrecer. Específicamente, deberíamos tratar de determinar el grado hasta el cual el impasse tenderá a reproducirse en este hemisferio. Aunque se requieren estudios adicionales, mi investigación hasta ahora sugiere que el impasse se ha referido a las disposiciones sobre obligaciones extracontractuales, y que mientras que los antagonistas principales en este tema han sido los Estados Unidos y Europa, los Estados latinoamericanos que han participado en las negociaciones tendieron a concordar con los europeos. Si así fuere, existe gran probabilidad de que se produzca un impasse en el ámbito interamericano.

En síntesis, la respuesta a la pregunta que se nos ha formulado con relación al deseo de embarcar en negociaciones de un instrumento que regule la jurisdicción en caso de responsabilidad extracontractual, se refiere directamente a la respuesta que demos a la cuestión relativa al deseo de contar con un diploma relativo al tema de la elección de la ley aplicable en tales casos. En caso de que no sea factible alcanzar éxito en la negociación de un instrumento sobre elección de la ley aplicable que establezca una norma determinada, las posibilidades de negociar con éxito un instrumento sobre jurisdicción parecerían ser sombrías. Por otro lado, si llegamos a la conclusión que la negociación de dicho instrumento sobre elección de la ley tiene posibilidades de concretarse, las posibilidades de éxito en la negociación de uno que trate de la jurisdicción aparecen como muy halagüeñas.

IV. Otras Cuestiones

Si concluimos que la negociación de algún tipo de instrumento vale la pena, deberían confrontarse otras cuestiones. Primeramente, y de manera más obvia, tendríamos que considerar el contenido de tal acuerdo. ¿Qué tipo de reglas sobre la ley aplicable y jurisdicción debería establecer? Como fuera observado, se ha desatado un debate en el área de la ley aplicable, entre los proponentes de reglas determinadas que producen certidumbre y

¹² Ver, por ej, *Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado*. Documento Preliminar n° 17 de febrero de 2002. *The impact of the internet on the judgement project: thoughts for the future* (sometido por Avril D. Haines para el Buró Permanente).

previsibilidad y proponentes de reglas flexibles que permiten a los jueces promover sus nociones de justicia y equidad en los casos individuales. El instrumento que propondríamos debería tomar en última instancia alguna posición con relación al debate. Además, como fuera observado, es posible que solamente valdría la pena intentar un instrumento si éste contiene reglas relativamente determinadas. En todo caso, nos acercaremos a una conclusión sobre el contenido del instrumento o instrumentos pertinentes, en cuanto buscamos responder a la cuestión de si un instrumento, o varios instrumentos más limitados, merecen ser intentados en primer lugar.

Además, está la cuestión de si el instrumento debería adoptar la forma de una convención o, en cambio, de una ley modelo. Hasta ahora, los instrumentos del derecho internacional privado han tendido a adoptar la forma de convenciones, mientras que las tentativas de armonizar la ley material han adoptado la forma de leyes modelo. Esto, sin embargo, no configura una correlación necesaria. No veo razón por la cual, en principio, un instrumento de derecho internacional privado no pueda adoptar la forma de una ley modelo. Si una u otra forma es preferible, eso dependerá en gran medida de cuál de ellas tiene mayor posibilidad de tener éxito. Las leyes modelos han gozado de popularidad porque no requieren los procesos elaborados de ratificación que en algunos Estados se aplican a los tratados. En el caso de los Estados Unidos, las leyes modelos pueden ser preferibles también en razón del federalismo. Como se observó, la determinación de la ley aplicable ha sido tradicionalmente reglada por las leyes de cada uno de los Estados de la federación. Mientras no existe duda de que el gobierno federal puede imponer a los Estados una regla única de jurisdicción y ley aplicable a los casos internacionales, se producirá una considerable renuencia en así hacerlo, sea por medio de un tratado o una ley. Una ley modelo puede entonces resultar preferible porque, en teoría, podría ser adoptada por el gobierno federal o por cada Estado.

* * *