

Integración y derecho en América Latina: doscientos años de indiferencia mutua

Diego Fernandez Arroyo

► **To cite this version:**

Diego Fernandez Arroyo. Integración y derecho en América Latina : doscientos años de indiferencia mutua. Oropeza Garcia, Hector Arturo. Latinoamérica frente al espejo de su integración (1810-2010), UNAM, pp.304-320, 2010. hal-01053998

HAL Id: hal-01053998

<https://hal-sciencespo.archives-ouvertes.fr/hal-01053998>

Submitted on 4 Aug 2014

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

*Diego P. Fernández Arroyo**

Integración y Derecho en América Latina: Doscientos años de indiferencia mutua

SUMARIO: I. Los orígenes de la actual desintegración. II. Intereses políticos y Derecho Internacional. III. Latioamericanismo y panamericanismo. IV. Regionalismo y subregionalismo. V. Integración y libre comercio. VI. ¿Qué papel para el Derecho? VII. Situación actual y perspectivas. VIII. Bibliografía.

“Eu vejo o futuro repetir o passado
eu vejo um museu de grandes novidades”
Cazuza, O tempo não pára

I. Los orígenes de la actual desintegración

El heterogéneo movimiento independentista que comenzó a concretarse en América Latina hace ahora doscientos años¹ tuvo para las –a partir de ese momento– ex colonias españolas un impacto fundamental en lo que al Derecho se refiere: las independencias condujeron a la adopción de ordenamientos jurídicos que, además de exteriorizar la ruptura con el antiguo régimen, vinieron a justificar la singularidad de cada nuevo Estado. Es obvio que aquellos incipientes Estados, que habían sido parte de un todo que había permanecido sujeto durante tres siglos al Reino de España y que habían compartido las instituciones y el derecho de la metrópoli y los que ésta fue diseñando específicamente para sus colonias,² no lo tenían fácil para diferenciarse los unos de los otros. Destruídas o acalladas por el conquistador las particularidades culturales más significativas, las cosas en común eran muchas más que las diferencias. Si desde muchos puntos de vista la balcanización hispanoamericana-

* Profesor Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Complutense de Madrid.

¹ Tan heterogéneo que en Cuba, por ejemplo, dicho movimiento no se concretó hasta casi un siglo después.

² Ver A. GARCÍA GALLO, “El pluralismo jurídico en la América española, 1492-1824”, en: *Los orígenes españoles de las instituciones americanas. Estudios de Derecho Indiano*, Madrid, 1987, pp. 229-310.

na³ no hallaba justificación más que en el juego de caudillismos y de intereses localistas, el Derecho –junto a diversos simbólicos externos– fue tal vez la coartada más accesible para concretar unas especificidades que la nueva dinámica exigía. Con la particularidad de que, además de elemento visible de cada “identidad nacional” en formación, el Derecho fue un instrumento para ir profundizándola.

Así, desde el mismo origen de las naciones latinoamericanas, se plasmaron dos tendencias que habrían de tener un gran calado en la evolución posterior de la vida de aquéllas y en la (mala o nula) suerte de su integración: a la desarticulación política, por un lado, y a la individualización jurídica, por otro. Como podía esperarse, el poder criollo surgido en cada rincón de la América hispana o hispanizada, lejos de intentar revivir –allí donde habían existido– sistemas o reglas ancestrales, se preocupó por ir a buscar sus referencias jurídicas e institucionales en Europa y en la joven democracia norteamericana. Muchos factores, que se dieron de forma muy heterogénea, influyeron en la lenta y a menudo conflictiva construcción de las nuevas naciones, entre los que cabe destacar especialmente los pragmáticos intereses comerciales y el más ideológico deslumbramiento por los procesos emancipadores más salientes del siglo XVIII.⁴ No por casualidad, si algún rasgo general común puede predicarse de los sistemas jurídicos que se fueron pergeñando a lo largo del siglo XIX en América, fue la fascinación por el Derecho Público norteamericano y por el Derecho Privado francés, fascinación que se concretó por diversas vías, desde simples traducciones hasta la asimilación de instituciones.⁵

Ahora bien, si heterogéneo fue el movimiento independentista, qué no decir del desarrollo de los ordenamientos jurídicos nacionales. En la América a la que nos estamos refiriendo, la razón básica de la codificación del Derecho fue mucho más estrictamente política que en la experiencia europea, donde habían tenido un peso decisivo las exigencias sociales y económicas vinculadas con el acceso al poder de la burguesía,⁶ sin olvidar a las puramente técnicas.⁷ Así, desde las constitu-

³ El territorio que estuvo bajo dominio español está dividido hoy en 18 Estados soberanos, sin contar otras partes que corrieron diversa suerte, como las que hoy ocupan Puerto Rico y buena parte del sur de los Estados Unidos. En la línea de aplicar el adjetivo “latinoamericano” a Estados soberanos –lo que no es más que una de las opciones posibles– los otros dos serían Haití y Brasil. Respecto de este último, cabe destacar en el contexto de estas líneas, el significativo dato de que haya logrado mantener su integridad territorial, en gran medida por el hecho de que la independencia brasileña, si bien conoció episodios bélicos, fue más bien un proceso “controlado”. De hecho, desde su independencia en 1822 hasta el advenimiento de la República en 1889, Brasil fue gobernado por miembros de la familia real de Portugal. Claro que la debilidad por la monarquía no fue para nada una excentricidad brasileña; mírense, sin ir más lejos, las experiencias mexicanas y los denodados intentos rioplatenses en el mismo sentido.

⁴ Ver J. LYNCH, “The origins of Spanish American Independence”, en: L. BETHELL (dir.), *The Cambridge History of Latin America*, vol. III, Cambridge et al, 1985, pp. 42 ss. En relación con el Cono Sur, ver F. PIGNA, *Los mitos de la historia argentina* (t. 1), Buenos Aires, 2004, pp. 375 y ss.

⁵ Ver, por ejemplo, A. GUZMÁN BRITO, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del Derecho Civil en Chile*, t. I, Santiago, 1982, pp. 158-164.

⁶ Ver A.-J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code Civil français, la règle de jeu dans la paix bourgeoise*, París, 1973, pp. 3-14.

⁷ F.K. VON SAVIGNY, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho*, trad., Buenos Aires, 1977, p. 47, distingue así el elemento “político” del elemento “técnico” de la codificación.

ciones adoptadas ya a partir de la segunda década del siglo XIX hasta los códigos de la segunda mitad del mismo (mucho más elaborados e influyentes que los surtidos en la primera época de la vida independiente), media un período que se explica en la diferente urgencia para concretar la organización política respecto de la social y en el fuerte condicionante de la inestabilidad que sobrevino a la independencia, jalonada de revoluciones y guerras internas e internacionales. El destino reservado a los más ilustres próceres de la independencia sudamericana, Simón Bolívar y José de San Martín, es tal vez la muestra más contundente de ello. En este contexto lo raro hubiera sido que los ordenamientos jurídicos trabajosamente contruidos terminaran siendo, sino idénticos, al menos homogéneos.⁸

La realidad pintó, en cambio, unos trazos –más gruesos unos, casi imperceptibles otros– indelebles de heterogeneidad. Es verdad que hubo influencias comunes, tanto directas como indirectas, que fueron desde el Derecho romano hasta el Derecho norteamericano pasando por el Derecho francés y el viejo y el menos viejo Derecho español, así como movimientos transversales.⁹ Pero la recepción concreta de dichas influencias dependió en cada lugar de elementos particulares combinados de forma azarosa, entre los cuales debe tenerse muy en cuenta la formación europea de los juristas más destacados.¹⁰ No sin cierta ironía, si bien el desarrollo de los sistemas jurídicos latinoamericanos no respondió a los condicionantes económicos del movimiento codificador europeo, hacia finales del siglo XIX las codificaciones civiles y comerciales sirvieron, al menos en algunos países de la región, de andamiaje elemental para un incipiente desarrollo comercial y productivo.¹¹ De ahí en más la evolución fue añadiendo otros trasplantes e influencias, ya sea de este a oeste (como el Derecho Comercial italiano o el Derecho Penal alemán) o de norte a sur (como, mucho más recientemente, el Derecho de Garantías norteamericano), completando un panorama en el que sólo con mucha imaginación o con algún interés muy determinado puede vislumbrarse la existencia de una “familia jurídica latinoamericana”.¹² Otra cosa, bien distinta, es negar que existan elementos de originalidad en los derechos latinoamericanos. Con todo, lo que aquí interesa destacar es que la desintegración política que siguió a las independencias se consolidó gracias al proceso multiforme de singularización jurídica.

⁸ Ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, *La codificación del Derecho Internacional Privado en América Latina*, Madrid, 1994, pp. 285y ss.

⁹ O influencias “internas”, como por ejemplo, la ejercida por el Código Civil de Andrés Bello, el cual, desde su origen chileno (1855), se difundió por un número nada desdeñable de países centro y sudamericanos. Ver A. GUZMÁN BRITO (*supra* nota 5) pp. 466-468.

¹⁰ N. SALDANHA, “História e sistema em Teixeira de Freitas”, en: *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto latinoamericano*, Padua, 1988, p. 58, resalta el carácter inevitable de la condición de “juristas europeizados”.

¹¹ Ver W. GLADE, “Latin America and the International Economy, 1870-1914”, en: L. BETHELL (dir.) (*supra* nota 4), vol. IV, 1986, pp. 46-56.

¹² D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Sobre la existencia de una familia jurídica latinoamericana”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, vol. XXVII, 1994, pp. 73-109 (también en: *Jurisprudencia Argentina*, 1995-II, pp. 913-930); E. HERNÁNDEZ-BRETÓN, “Sueño o pesadilla de un comparatista: el Derecho en Sudamérica”, *Rev. Fac. Cs. Jas. y Pol. – Univ. Central de Venezuela*, n° 109, 1998, pp. 33-41.

II. Intereses políticos y Derecho Internacional

Además de formas de organización política, social y económica, desplegadas de manera diferente y con efectos desiguales, las potencias europeas trasladaron a América la desconfianza mutua y la hostilidad permanente que caracterizaron la historia de Europa durante todo el tiempo que duró el proceso de conquista y colonización. Como no podía ser de otra manera, España, Portugal, Francia, Inglaterra y Holanda mantuvieron a este lado del Atlántico las profundas divergencias y la rivalidad secular habidas en el Viejo Continente, exacerbadas, si cabe, por el ánimo de hacerse fuertes en un mercado inesperado que se revelaba como una fuente de suministro de materias primas baratas y un destino seguro para la colocación de manufacturas. La política de hostilidad recíproca provocó que las relaciones pacíficas (es decir, las comerciales) entre los conquistadores de unas y otras potencias coloniales y entre sus respectivos "conquistados" fueran tan estrictamente prohibidas como sistemáticamente violadas.

Producidas las independencias, como antes mencioné, las rencillas cambiaron sus perfiles pero no desaparecieron. La intención de Bolívar —la más célebre de las mentes preclaras de los primeros años de vida independiente—, al reunir el Congreso anfictionico de Panamá en 1826, de conjurar esa inclinación perversa hacia las disputas intestinas no tuvo éxito. De hecho, la propia convocatoria, cuya necesidad había sido esbozada ya en 1815 en Kingston,¹³ estuvo preñada de dificultades de distinto orden.¹⁴ Pese a todo, el Congreso logró adoptar un Tratado de Unión, Liga y Confederación,¹⁵ el cual, si por un lado podía ser visto en clave de paso "integracionista", en realidad no hizo sino refrendar la nueva realidad: la existencia de entidades políticas ya definitivamente separadas que lo máximo que podrían conseguir en las décadas que siguieron fue la celebración de congresos con la consecuente adopción de textos conteniendo compromisos internacionales de distinto tenor y más que relativa efectividad. De entrada, la pretendida continuidad del movimiento iniciado por Bolívar fue abortada al no poder producirse su segunda reunión prevista para el año siguiente en Tacubaya. Después, en los textos adoptados en las numerosas reuniones que sí pudieron realizarse a lo largo del siglo XIX, se incluyeron normas que de haberse cumplido podrían haber ejercido algún efecto integrador, afectando cuestiones tales como correos, relaciones consulares, comercio, navegación, libre circulación de personas y reconocimiento de sentencias y documentos.¹⁶

¹³ Ver S. BOLÍVAR, *Obras completas* (Compilación y notas de V. Lecuna), t. I, La Habana, 1947 pp. 159 y ss.

¹⁴ Como la discutidas invitaciones a Estados Unidos y Brasil (al final, por diferentes razones, ninguno de los dos participó), el rechazo que llegó desde el Río de la Plata o la invitación al Reino Unido para que participara como observadora. Ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, (*supra* nota 8), pp. 82-83. Y todo esto sin contar los obstáculos mayores de las confrontaciones armadas de aquel momento, como la producida entre Brasil y las Provincias Unidas del Río de la Plata en torno a la actual República Oriental del Uruguay.

¹⁵ Las actas del Congreso y el Texto del Tratado se encuentran en *Der. Integr.*, num.14, 1973, pp. 268-308.

¹⁶ Para una ilustración, puede consultarse la documentación recogida en *Congresos americanos de Lima* (Recopilación con prólogo de A. ULLOA), Lima, 1938.

Pero, en realidad, las motivaciones y las discusiones (incluyendo hasta los rechazos¹⁷) eran de carácter eminentemente político, a menudo vinculadas con la inminencia de alguna invasión extranjera. Esto sumado a las guerras, tanto internas como entre vecinos, constituía un muro impenetrable para los ideales de la integración y sobrepasaba en mucho el ámbito potencial de aplicación de los acuerdos alcanzados.

Fue precisamente el afianzamiento de los Estados independientes, orgullosos detentores de sus respectivas soberanías, lo que abrió el camino, ya pisando en último cuarto del siglo XIX, al despegue y posterior evolución del Derecho Internacional americano,¹⁸ en sus dos vertientes, la referida a las relaciones entre los Estados y la que se ocupa de las relaciones entre los particulares. Al parecer, las independencias, consolidadas a costa de mucho esfuerzo y de muchas vidas, no podían consentir ni instituciones comunes ni derecho común. A cambio, si podía comenzar a plasmarse un Derecho Internacional elaborado entre Estados soberanos, los cuales, a la postre, siempre podían controlar si concedían o no eficacia a los diferentes textos y, en su caso, la forma de aplicarlos o no a los casos concretos. En el ámbito del Derecho Privado es sumamente elocuente, en la línea de lo que aquí se afirma, que en la carta de invitación de Perú al Congreso de Jurisconsultos Americanos (fechada el 11 de diciembre de 1875) se indicara que la unificación del “conflicto de leyes” era el objetivo de mínima, en la medida en que la “uniformidad de la legislación privada” no fuera posible. Como es sabido, el resultado se concretó en aquel objetivo de mínima y el Tratado de Lima de 1878 se convirtió en el primer texto internacional regulador del Derecho Internacional privado con alcance general, aunque su eficacia práctica y su influencia sobre textos posteriores fueron casi nulas.¹⁹ El Derecho, con limitaciones, comenzaba a moverse, concretando su objetivo en la construcción de un Derecho Internacional común. La integración, por su parte, se había abandonado.

III. Latinoamericanismo y panamericanismo

La política de Estados Unidos, que no había permanecido para nada ajeno al desarrollo de la historia latinoamericana (y, menos aún, de la mexicana), adquiere una dinámica particular en los últimos años del siglo XIX. Es entonces

¹⁷ Resultan elocuentes las palabras del Ministro de Relaciones Exteriores de Argentina al Embajador de Perú en Buenos Aires, rechazando la convocatoria de un Congreso en Santiago en 1856, en los siguientes términos: “la América independiente es una entidad política, que no existe, ni es posible constituir (...). La naturaleza y los hechos la han dividido, y los esfuerzos de la diplomacia son estériles para contrariar la existencia de esas nacionalidades con todas las consecuencias forzosas que se derivan de ellas”. *Ibid.*, t. I, p. 644.

¹⁸ A esto ayudó el hecho de que se llegara a cierta percepción de que las amenazas exteriores ya no eran tales. Ver A. ÁLVAREZ, *Le Droit International américain*, París, 1910, pp. 103-104.

¹⁹ Ver D.P. Fernández Arroyo (*supra* nota 8), pp. 90-95 y las referencias adicionales allí contenidas.

cuando este país comienza a impulsar lo que se conocería como “movimiento panamericano”, el cual, a diferencia del promovido por Bolívar –de neto corte político–, descansaba descaradamente en intereses comerciales. Un poco por su impacto y otro por “coincidencias” varias (entre las que cabe contar desde invasiones hasta esfuerzos intelectuales como las varias resurrecciones de la Doctrina Monroe), las Conferencias panamericanas que se produjeron a partir de 1889 fueron extendiendo y consolidando el poder de Estados Unidos en el continente, a la vez que fue disminuyendo la influencia de las potencias europeas. Las Conferencias, los instrumentos jurídicos surgidos de ellas y, a la postre, el “movimiento” contaron con la participación más o menos entusiasta de muchos Estados latinoamericanos. Otros, sin embargo, se mostraron más reticentes, haciendo brotar en toda su magnitud una bipolaridad que ya venía gestándose desde los primeros años de vida independiente: la que opone latinoamericanismo con panamericanismo o, dicho de otra manera, menos rigurosa pero bastante más gráfica, la que plantea crudamente si el porvenir de América Latina debía construirse al margen o no de Estados Unidos. Desde entonces, tal dilema ha acompañado, con diferentes alcances y presentaciones externas, la vida de los países de América Latina.

Obviamente, no hay que llamarse a engaño acerca del grado de atención que generaban en las últimas décadas del siglo XIX y el inicio del siglo XX las discusiones en torno a la integración y a la unificación jurídica, puestas éstas en comparación con eventos tales como las consecuencias de las guerras de la Triple Alianza (1864/1870), del Pacífico (1879/1883) o de Cuba (1898), la segregación de Panamá de Colombia (1903), el bloqueo de Venezuela por parte del Reino Unido, Alemania e Italia (1902/1903), o la Revolución mexicana (a partir de 1910). Pero lo cierto es que se siguieron produciendo diversas iniciativas y, en el campo del Derecho, concreciones de cierto calado. En la primera mitad del siglo XX, los impulsos “integracionistas” (si así se puede entender el afán político y comercial) corrieron sobre todo a cargo de Estados Unidos. Los intentos por avanzar en la construcción de un Derecho Internacional común fueron más bien latinoamericanos, tanto dentro como fuera del movimiento panamericano. Así, las dos grandes realizaciones del Derecho Internacional privado americano, los Tratados de Montevideo de 1889 y 1939/1940 y el Código Bustamante de 1928, fueron obras típicamente latinoamericanas, aunque sólo aquéllos lo fueron deliberadamente. Varias razones influían en el relativo desinterés norteamericano por el desarrollo jurídico. La más elemental es que, desde siempre, dicho desarrollo interesa menos al más poderoso quien, fuera de reglas precisas y del reconocimiento de derechos, tiene más margen de acción para imponer sus criterios. Pero además, respecto sobre todo del Derecho Internacional Público, las divergencias de intereses eran demasiado gruesas como para poder plasmar principios y reglas comunes; en el Derecho Internacional Privado, las diferencias políticas aparecían eclipsadas por las de carácter técnico, cifradas en la tradición “civilista” de los sistemas jurídicos latinoamericanos.

IV. Regionalismo y subregionalismo

A mediados del siglo xx, con Estados Unidos consolidado en su posición de liderazgo en buena parte del mundo, incluyendo a América, la dinámica de las relaciones hemisféricas comenzaría a conocer ciertas variaciones. Es allí cuando surge la Organización de los Estados Americanos (OEA), como un mecanismo eminentemente político pero, obviamente, sin ninguna inclinación hacia la integración, pese a lo que podían sugerir los textos de algunos artículos de la carta. Tal vez, la mayor contribución en este sentido haya sido, otra vez, la recuperación de la tarea codificadora del Derecho Internacional Privado, encargada a una conferencia especializada de la OEA conocida con el acrónimo de CIDIP y que, desde 1975, ha producido 26 textos que han tenido una gran influencia directa e indirecta en los ordenamientos jurídicos de los Estados latinoamericanos.

No por casualidad, el impulso original de las iniciativas integracionistas vino de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), cuya Comisión Económica para América Latina (CEPAL) realizó los primeros trabajos con tal fin en la década de los cincuenta²⁰ y definió las etapas del camino a la integración económica: una zona libre de comercio, una unión aduanera y la constitución de un mercado común. Para el cumplimiento de la primera etapa se creó la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) en 1960, que reunió a México, Panamá y todos los países sudamericanos.²¹ La suerte de esta organización quedó marcada, en lo interno, por las deficiencias de los instrumentos técnicos utilizados y la falta evidente de voluntad integracionista en los países miembros, sometidos además varios de ellos a complicadas situaciones internas y, en lo externo, al surgimiento contemporáneo de varias organizaciones subregionales.²² Como es de sobra conocido, la transformación en ALADI en 1980, que conllevó no pocas modificaciones técnicas, no logró cambiar sustancialmente el destino de la organización, debido esencialmente a la presencia pertinaz de los otros elementos mencionados.²³

Los procesos subregionales redoblaron su apuesta en la última década del siglo xx y, aunque los compromisos plasmados en los respectivos tratados se refieren a auténticos sistemas de integración, las realizaciones, desiguales y repletas de conflictos, se han concentrado sobre todo en el ámbito comercial.²⁴ Tal vez el dato más

²⁰ Ver G. PARRA-ARANGUREN, "El impacto del proceso de integración latinoamericana sobre las normas convencionales de Derecho Internacional Privado", en: *Codificación del Derecho Internacional Privado en América*, Caracas, 1982, p. 349.

²¹ Ver E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, "Las normas del Tratado de Montevideo que prevén su evolución hacia un mercado común", *An. Urug. D.I.*, 1965/1966, pp. 403-414.

²² El Mercado Común Centro Americano (MCCA) en 1960, el Acuerdo de Cartagena en 1969, la Comunidad del Caribe (CARICOM) en 1973 y, con objetivos más concretos y limitados, los Tratados de la Cuenca del Plata (1969) y de Cooperación Amazónica (1978).

²³ Ver T.A. O'KEEFE, *Latin American and Caribbean Trade Agreements. Keys to a Prosperous Community of the Americas*, La Haya, 2009, capítulo 2.

²⁴ Lo que no impide reconocer que han existido ciertas sinergias integradoras al socaire de la existencia de cada uno de los procesos subregionales. Una muestra evidente en este sentido se ha venido dando, por ejemplo, en determinados ámbitos académicos.

impactante de ese momento haya sido la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) en 1994, por el hecho de poner otra vez sobre la mesa todas las discusiones de base referidas en esta contribución. El TLCAN, en efecto, fue el banco de pruebas que permitió a los países norteamericanos el planteamiento del ALCA, una iniciativa con muchos elementos en común a la de Estados Unidos de un siglo antes que buscó primar al panamericanismo sobre el latinoamericanismo, al regionalismo sobre el subregionalismo y al libre comercio sobre la integración.²⁵

V. Integración y libre comercio²⁶

Algo afectada por la crisis mundial actual, la liberalización comercial, producto de una inmensa red de compromisos entre los Estados por los cuales éstos se obligan a la disminución sistemática de muchas de las barreras al comercio internacional, renunciado así en alguna medida a la reglamentación autónoma de dicho comercio, sigue así y todo siendo la regla en el mundo. Como toda regla, sufre una serie de excepciones, muchas de las cuales son reflejos de las imposiciones de los actores “fuertes” del comercio internacional sobre los actores “débiles” (o “menos fuertes”) del mismo, mientras que otras son hijas de las sucesivas coyunturas. Obviamente, las reglas concretas vigentes no afectan por igual a todas las economías y existe un grupo no desdeñable de países interesados en corregir algunas de tales disparidades. Queda aún por estudiar a fondo y, en su caso, por demostrar, si la ausencia de reglas (incluyendo la eliminación de la Organización Mundial del Comercio, OMC) sería una mejor opción que el mejoramiento de las existentes. Pero así y todo, con sus múltiples defectos y su incapacidad para sacar adelante la Ronda de Doha, el sistema se sigue moviendo y, dentro del sistema vigente, los actores públicos y privados van acomodando sus posiciones permanentemente.

Una forma que se ha considerado apta para establecer posiciones favorables consiste en crear zonas de libre comercio que, actuando como pequeñas (o no tan pequeñas) OMC *plus*, intenten atraer una parte del comercio internacional. Estos nichos de liberalización profundizada son planteados por todo tipo de países, pero una figura bastante común es la de uno o más Estados fuertes que abren parcialmente sus mercados a los productos de Estados débiles a cambio de la liberalización de ámbitos tales como los servicios, la propiedad intelectual o las inversiones. Esa es en esencia la dinámica que intentó establecer el ALCA a

²⁵ Ver A. OROPEZA GARCÍA (coord.), *ALCA – un debate sobre la integración*, México, 2003; T.A. O'KEEFE, (*supra* nota 22), cap. 10.

²⁶ Muchas de las reflexiones que siguen están extraídas de mi conferencia “Integración y libre comercio en América Latina”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* (Venezuela), núm. 145, 2007, pp. 291-307.

partir de la experiencia del TLCAN. Y es fácilmente visible que, si bien el objetivo de máxima no se cumplió, hoy existe un ALCA polimórfico (o un TLCAN extendido) que cubre el norte y el centro del continente y que en Sudamérica alcanza a Chile y, de modo incipiente, a Colombia y Perú. La constitución de esas zonas de libre comercio, si bien limita el poder de acción comercial de los Estados en cuanto crea obligaciones que éstos deben cumplir (algunas de las cuales pueden ser considerablemente gravosas) respecto de los otros participantes, no merma la capacidad política (ni, en buena medida, la económica) de los mismos, la cual puede ser utilizada para embarcarse en otras iniciativas similares o sustancialmente diferentes.

Frente a dicha opción, la integración se configura como un movimiento que busca, o bien aprovechar (extremándolos u optimizándolos) los efectos que se perciben como positivos de la existencia de esa especie de gran zona de libre comercio mundial (y, en general, de todos los fenómenos asociados con la globalización), o bien contrarrestar los efectos que se perciben como negativos. El rol de los Estados, cuya pérdida de poder nunca fue tan extrema como la anunciada o querida por algunos, se ha redimensionado con la crisis actual, al mismo tiempo que la entera ecuación mundial va cambiando sus factores, como lo indica la creación del G-20. Pero dentro o fuera del G-20, las autoridades de todos los Estados comprenden en estos momentos que el establecimiento de bloques interestatales estables es la única forma de hacer frente a los problemas suscitados por la existencia de un mercado global. Una forma de configurar dichos bloques es la ya mencionada creación de diferentes zonas de libre comercio en las cuales los Estados que la conforman mantienen total autonomía política. Otra, consiste en proyectos de mucho mayor calado que pretenden básicamente no sólo la canalización del comercio sino también la suma de las capacidades económicas y políticas (además de sociales y culturales) de los Estados participantes que permita contrarrestar la mencionada pérdida relativa de poder estatal. Cuando la estabilidad de los bloques constituidos según la segunda opción se prolonga ilimitadamente, afectando la generalidad de las relaciones económicas, comerciales y jurídicas (lo que impacta tanto social como políticamente), y dando lugar a una realidad diferente a la simple coincidencia en torno a algunos temas concretos, podemos empezar a pensar en integración.

VI. ¿Qué papel para el Derecho?

A esta altura, es importante resaltar, a pesar de su obviedad, el papel que el Derecho está llamado a desempeñar en un proceso de integración. Es muy claro que cualquier acuerdo entre Estados, del tipo que sea, se concreta en reglas jurídicas que fijan sus condiciones, los derechos y obligaciones de las partes y los eventuales remedios. No me refiero a eso. Lo que es importante poner de relieve son las posibilidades que el Derecho ofrece, además de para canalizar un simple

(o no tan simple) pacto interestatal, para facilitar la integración. O, si se prefiere, puede plantearse desde otra perspectiva: muchos de los problemas de la integración económica están relacionados con las disparidades que presentan los ordenamientos jurídicos de los Estados que participan de cada proceso.²⁷ Para paliar dicha situación, las herramientas jurídicas son tan variadas como combinables, dependiendo de las exigencias de cada materia, de los intereses en juego y de los datos de la realidad. Así, pueden plantearse en cada caso diferentes tipos de armonización o unificación del Derecho Material y del Derecho Internacional Privado, entendido éste en su concepción más actual, es decir, la que comprende las cuestiones relativas a la jurisdicción de los tribunales, el Derecho aplicable, el reconocimiento de decisiones y de documentos, la cooperación entre autoridades y el proceso internacional.

Ahora bien, desde un punto de vista económico, la integración no implica sólo el aprovechamiento y la complementación de las ventajas comparativas sino la creación de una nueva realidad y –dentro de ésta– de un nuevo mercado en el que de algún modo confluyan los mercados preexistentes. A partir de esa simple constatación, resulta claro que los cimientos sobre los que se construye la estructura jurídica de la integración y del libre comercio son muy diferentes. Lo único realmente crucial para que la liberalización comercial pueda funcionar satisfactoriamente de acuerdo con sus objetivos es la determinación precisa de su ámbito de aplicación (por ejemplo, entre otras cosas, suelen ser fundamentales unas buenas reglas de origen) y un sistema eficiente de solución de controversias, sin perjuicio de la necesidad de negociar cuidadosamente cada una de las materias abarcadas por el TLC. Es verdad que hasta el sistema que pretenda ser más espartano en estructura jurídica e institucional, en la medida que funcione, precisa progresivamente de más reglas y de más organismos, sean éstos formales o informales. Es lo que ha sucedido con el TLCAN que, fruto de su propio desarrollo, ha requerido nuevos acuerdos, como los relativos a cuestiones migratorias y ambientales.²⁸ Pero ese tratado funciona (la evaluación de si lo hace bien o mal, desde la perspectiva de los diferentes actores implicados en el proceso, es algo bien diferente) sobre la base esencial de las reglas de origen y de buenos mecanismos para la solución de disputas.

Parece evidente que eso no es suficiente si lo que pretenden dos o más Estados es proceder a una integración, aunque sólo se piense en una integración de carácter económico-comercial. El desarrollo de unas normas y de unos mecanismos que garanticen una competencia leal, por ejemplo, que en una ZLC puede ser importante, se convierte en imprescindible en un ámbito de integración. Claro está que si el TLC es muy amplio, alcanzando todas las materias posibles (como sucede con algunos TLC de última generación), se puede producir una inte-

²⁷ Ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado interamericano. Evolución y perspectivas*, México, 2003, pp. 82-86.

²⁸ Además de producir una cierta unificación legislativa entre los Estados que lo conforman. Ver H.P. GLENN, "Conciliation of Laws in the NAFTA Countries", *Louisiana L. Rev.*, vol. 60, 2000, pp. 1103 y ss.

gración económica de hecho. La perspectiva jurídica de análisis conduce indefectiblemente a repetir una vez más que en los TLC los Estados partes preservan (al menos relativamente) su "soberanía comercial". Me explico: nada impide a un Estado respecto del cual existen uno o varios TLC vigentes, la celebración de nuevos acuerdos con países diferentes, incluso sobre exactamente las mismas materias afectadas por los acuerdos anteriores. El mismo hecho destacado en la hipótesis lo confirma: es evidente que hay países que están vinculados por numerosos TLC (en América Latina es el caso de Chile y México). Obviamente, la lógica del Derecho de los tratados implica que un nuevo acuerdo no puede afectar negativamente los acuerdos anteriores (es decir, afectar los derechos de los Estados vinculados al TLC anterior) y que, si ese es el caso, el Estado que celebra el nuevo TLC será eventualmente pasible de responsabilidad internacional. Existen, además, diversas fórmulas y cláusulas que vinculan de algún modo unos TLC con otros, entre las cuales destaca la que extiende la eficacia de las reglas más favorables a los demás tratados. Por eso utilizaba el término "relativamente" para referirme al mantenimiento de la "soberanía comercial".

Sin salir de la vertiente económico-comercial de la integración, para la creación de un único mercado, en cambio, lo fundamental es la exigencia de una unificación al menos parcial de las políticas económicas y de una unidad de acción en la política comercial internacional. No existe la más mínima posibilidad de edificar un sistema de integración económica-comercial sólido si los Estados que participan en él mantienen políticas unilaterales en el comercio internacional y son incapaces de coordinar sus grandes líneas macroeconómicas. Cae de maduro que integración y unilateralidad comercial son términos antagónicos y, por tanto, incompatibles. Tan intrínsecamente contradictorio es que un Estado que forma parte de un proceso de integración celebre un TLC bilateral con un tercer país como que se incorpore a otro bloque de integración. En rigor, si alguna de estas cosas sucede, hay dos posibilidades: o el Estado en cuestión "se da de baja" del proceso de integración, o todos reconocen (expresa o implícitamente) que tal proceso no existe o no es tal.

La razón esencial para lo anterior estriba en que la integración, incluso en su forma más primaria (la unión aduanera, siempre que sea real), implica, además de todo lo que constituye un TLC, la creación de un nuevo ente. Da más o menos igual que a éste se le dote de personalidad, derechos y obligaciones propias, instituciones permanentes y de capacidad de actuar independientemente de los Estados que lo han gestado. La misma existencia de dicho ente en cuanto tal (llámese unión aduanera, mercado común, comunidad, sistema, unión o cómo sea) bloquea indefectiblemente las iniciativas unilaterales hacia fuera del mismo. La creación del ente en cuestión, por otro lado, implica la asunción de una serie de costos económicos, jurídicos y políticos. Los primeros se dejarán notar especialmente si se crean instituciones permanentes. Los segundos se refieren a la pérdida de aplicabilidad (derogación implícita) de determinadas normas estatales, al menos en el ámbito cubierto por las reglas de la integración. Los terceros tienen su causa en la limitación voluntaria de la soberanía estatal, mediante la cual los Estados renuncian a re-

currir a determinados mecanismos dentro del marco de la integración. La importancia de dichos costos conlleva la exigencia de una profunda reflexión por parte de los Estados antes de embarcarse en procesos de integración. Esto es especialmente relevante a la hora de asumir la supranacionalidad del ente de integración. Así, cualquiera sea el alcance y el contenido que se dé a ese concepto, lo esencial es que el mismo existe si el ente de integración y los Estados que lo forman se diferencian de tal forma que a un Estado se le puede exigir el cumplimiento de determinadas obligaciones a cuya creación se ha opuesto o con cuyo contenido o efecto en un momento dado no comulga. Mientras existe el requisito de unanimidad o su forma aparentemente más dulce del consenso, la supranacionalidad siempre es relativa.

VII. Situación actual y perspectivas

¿Qué nos depara hoy la realidad de América Latina? En el costado de los acuerdos entre Estados, un poco de libre comercio y casi nada de integración. El nonato ALCA es más bien un TLCAN extendido. Los procesos subregionales creados o revividos en la década del 90 languidecen, a fuerza de chocar una y otra vez contra sus propios límites. La iniciativa de una Unión Sudamericana de Naciones (UNASUR, constituida como Confederaciones de Naciones Sudamericanas en 2004) no ha realizado todavía muchos avances concretos –aunque ha dado pasos en materia financiera, energética y de defensa– como para evaluar su eficacia como proceso de integración. Si ha de creerse en lo que se dice en su sitio de internet,²⁹ con su creación “se buscaba (sic) una forma de alcanzar la integración lograda por comunidades como la europea (...) siguiendo los ideales de libertad, igualdad y fraternidad de la revolución francesa”. Habrá que comprobar si las realizaciones de este nuevo emprendimiento son más adecuadas e inspiradas que estas palabras. De momento, lo más tangible que se tiene es el hecho de que se trata de un proyecto subregional delimitado no tanto sobre definiciones de intereses comunes sino como por la realidad geográfica (junto, al parecer, a la definición de ciertas esferas de influencia)³⁰ y que reúne a doce Estados, de los cuales sólo uno no es miembro (deliberadamente) de otro proceso de integración.

En ese cuadro no muy alentador latinoamericano, pues, si bien se mira, el único proceso que avanzado en los últimos años es el de la Alternativa Bolivariana para los pueblos de nuestra América (ALBA),³¹ constituida a partir de la

²⁹ www.unasur.org

³⁰ Lo que echaría un poco por tierra las pretensiones de fomentar una integración latinoamericana norte-sur como la sostenida en A. OROPEZA GARCÍA, *México – Mercosur: un nuevo diálogo para la integración*, México, 2002.

³¹ Así como el dato jurídico de orden estatal más relevante de los últimos años es indudablemente la adopción de la constitución plurinacional boliviana de 2009, que consagra la reivindicación de los sistemas jurídicos ancestrales y un sistema judicial en el cual la jurisdicción ordinaria convive con la jurisdicción indígena originaria campesina de igual jerarquía (artículo 179).

Declaración conjunta adoptada por Cuba y Venezuela en 2004, y que reúne a nueve Estados (contando a Honduras) del Caribe y de América del Sur y Central. La opción (encarnada por el ALBA) de recurrir a la vieja idea del intercambio compensado (determinados bienes - petróleo y/o derivados, por ejemplo -por ciertos servicios - salud y/o educación, por ejemplo -) no constituye en sí misma un mecanismo de integración. Puede ser muy beneficiosa para los países que la realizan y ofrece un sinnúmero de combinaciones posibles en cuanto a lo que puede ser objeto del intercambio, permitiendo la incorporación de valores que, sin dejar de tener una cuantificación y una trascendencia económica evidentes, apuntan también a objetivos de índole social, cultural o educativo. En la medida en que los intercambios se generalicen y los acuerdos adquieran estabilidad y que, más allá de las encomiables manifestaciones espontáneas de solidaridad y cooperación, unos y otros alcancen un estatus jurídico que los haga exigibles y que permita la solución de los eventuales problemas que se presenten en su ejecución, podremos hablar de una integración real. De momento, a pesar de las enormes potencialidades y expectativas, estamos en un grado de incipiente cooperación. Algo similar puede señalarse del movimiento paralelo constituido por los acuerdos en materia de infraestructura (en general vinculados con la energía, como los gasoductos internacionales), de banca o de telecomunicaciones, pese a que éstos tienen, al menos potencialmente mucho más calado que los intercambios compensados concretados hasta el presente.

¿Y el Derecho? El Derecho Internacional latinoamericano hace rato que ha desaparecido de la escena.³² El proceso de codificación del Derecho Internacional interamericano, centralizado por la OEA, no pasa por sus horas más dulces, aunque nunca faltan propuestas interesantes,³³ que en algunos casos incluso se concretan. Si algo merece la pena destacarse es el hecho de que Estados Unidos y Canadá (principalmente el primero) hayan por fin visto que la OEA puede ser un ámbito para el desarrollo del Derecho Internacional Privado en clave de integración, sin que acaso haga falta decir que el concepto asumido de ésta es el reflejado por estos países en la iniciativa del ALCA. El caso es que vienen actuando en consecuencia desde hace más de una década, rompiendo algunos tabúes como es el de la utilización de la CIDIP exclusivamente para elaborar convenios Derecho Internacional Privado, propulsando la adopción de textos de *soft law* preocupados sobre todo por reglamentar las relaciones internas con reglas de puro Derecho Material. A excepción de México, que ha acompañado a sus socios del TLCAN, los países latinoamericanos, que fueron los encargados de iniciar el proceso de codificación y de llevarlo adelante y que han aprovechado los resultados de la CIDIP para modernizar sus ordenamientos nacionales, no han logra-

³² Ver, no sin reservas, el análisis de A. BECKER LORCA, "International Law in Latin America or Latin America International Law? Rise, Fall, and Retrieval of a Tradition of Legal Thinking and Political Imagination", en: *Curso de Derecho Internacional* (Washington, OEA), vol. XXXII, 2005, pp. 391-413.

³³ Como, por ejemplo, la propuesta de la creación de un Tribunal Interamericano de Justicia. Ver http://www.oas.org/cj/cj_agenda_actual/Jurisdicci%C3%B3n_Interamericana.pdf

do todavía jugar de igual a igual en el nuevo terreno de la codificación del Derecho Internacional Privado marcado por los países del Norte. Sólo Uruguay, que intentó sin éxito sacar adelante una reglamentación del tema de la contaminación transfronteriza en la CIDIP VI (2002), y Brasil, que viene batallando para lograr una reglamentación en materia de protección internacional del consumidor (ahora con la ayuda explícita de Argentina y Paraguay), han mantenido el tipo.

Tal vez, no tan en el fondo, lo que se esté barruntando es que la CIDIP (es decir, la OEA) no es ya el ámbito propicio para la unificación jurídica, como nunca lo fue para la integración. Está fuera de toda duda que si las definiciones y los objetivos del trabajo son, por voluntad o por obligación, eminentemente latinoamericanos, ya ha llegado la hora de cambiar de escenario. Sólo de esa forma podría pensarse en empatar, por primera vez en doscientos años, integración con unificación jurídica. Para ello únicamente hacen falta dos de los bienes que se han demostrado más escasos en la historia de América: voluntad política real y trabajo técnico concreto. No es por azar que doscientos años después, en el mundo de los hechos –que no en el de los discursos–, la integración y sus relaciones con el derecho no hayan avanzado mucho. Por ahora, la CIDIP parece vivir una etapa en la cual se ha enterrado la dinámica primigenia consistente en propuestas de los países latinoamericanos desarrolladas y aprovechadas casi exclusivamente por ellos mismos (lo cual no dejaba de ser una anomalía), para sustituirla por otra en la que sólo pueden prosperar las iniciativas norteamericanas que buscan exportar sus fórmulas jurídicas a través de la CIDIP (lo que es aún más anómalo). Al margen de los sueños nunca apagados de integración, la CIDIP puede seguir siendo, claro está, un foro para el diálogo y la cooperación jurídica entre todas las Américas, al menos en la medida en que los Estados miembros sigan interesados en ello y se respeten ciertas reglas de juego.

VIII. Bibliografía

Álvarez, *Le Droit International américain*, París, 1910.

Arnaud, J., *Essai d'analyse structurale du Code civil français, la règle de jeu dans la paix bourgeoise*, París, 1973.

Becker Lorca, "International Law in Latin America or Latin America International Law? Rise, Fall, and Retrieval of a Tradition of Legal Thinking and Political Imagination", en: *Curso de Derecho Internacional* (Washington, OEA), vol. XXXII, 2005.

Bolívar, S., *Obras completas* (Compilación y notas de V. Lecuna), t. I, La Habana, 1947.

Fernández Arroyo, D.P., *Derecho Internacional Privado interamericano. Evolución y perspectivas*, México, 2003.

- Fernández Arroyo, D.P., *La codificación del Derecho Internacional Privado en América Latina*, Madrid, 1994.
- Fernández Arroyo, D.P., "Sobre la existencia de una familia jurídica latinoamericana", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, vol. XXVII, 1994.
- Gallo, García, "El pluralismo jurídico en la América española, 1492-1824", en: *Los orígenes españoles de las instituciones americanas. Estudios de Derecho Indiano*, Madrid, 1987.
- Glade, W., "Latin America and the International Economy, 1870-1914", en: *L. Bethell* (dir.) (supra nota 4), vol. IV, 1986.
- Guzmán Brito, Bello Andrés codificador. *Historia de la fijación y codificación del Derecho Civil en Chile*, t. I, Santiago, 1982.
- Jiménez de Aréchaga, "Las normas del Tratado de Montevideo que prevén su evolución hacia un mercado común", *An. Urug. D.I.*, 1965/1966.
- Lynch, J., "The origins of Spanish American Independence", en: *L. Bethell* (dir.), *The Cambridge History of Latin America*, vol. III, Cambridge et al, 1985.
- O'Keefe, T.A., *Latin American and Caribbean Trade Agreements. Keys to a Prosperous Community of the Americas*, La Haya, 2009.
- Oropeza García, A. (coord.), *ALCA – un debate sobre la integración*, México, 2003.
- Oropeza García, A., *México – Mercosur: un nuevo diálogo para la integración*, México, 2002.
- Pigna, F., *Los mitos de la historia argentina* (t. 1), Buenos Aires, 2004.
- Parra-Aranguren, "El impacto del proceso de integración latinoamericana sobre las normas convencionales de derecho internacional privado", en: *Codificación del Derecho Internacional Privado en América*, Caracas, 1982.
- Saldanha, N., "História e sistema em Teixeira de Freitas", en: *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto latinoamericano*, Padua, 1988.
- Von Savigny, F.K., *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho*, trad., Buenos Aires, 1977.