

BIENVENIDOS AL SIGLO XXI REFLEXIONES SOBRE LA GLOBALIZACIÓN, LAS LEYES DE LOS ESTADOS Y LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

Josette SERRATO COMBE

El final del siglo XX, y naturalmente, el inicio del siglo XXI nos hacen necesariamente reflexionar sobre lo que implica el estado actual de las cosas, y la evolución hacia el futuro. Estamos ante un proceso que se ha denominado “globalización”. Se entiende por este concepto el llevar a un plano global (mundial) todos, o casi todos los aspectos de la actividad humana: el vertiginoso proceso de desarrollo de la tecnología y sistemas de comunicación avanzados tales como el Internet —*¡puede afirmarse que es del último lustro!*— han hecho desaparecer las fronteras, si no en el aspecto meramente territorial, cuando menos en el conceptual. Esto obliga a que todos los aspectos de la actividad humana requieren, bajo la pena de quedarse a un lado o al margen de este proceso, una adecuación: es imperativo estar conscientes de que este proceso nos afecta y requiere una actualización constante. Sin temor a equivocarnos, puede afirmarse que estamos en una nueva era: la del *mundo globalizado*.

En el ejercicio de la profesión de abogado, ya sea como consultor o litigante, esto tiene implicaciones profundas. En la concepción clásica, la competencia y la jurisdicción estaban limitados geográficamente; sin embargo, la geografía es algo que no tiene sentido en el mundo del Internet y la globalización. La celebración de todo tipo de actos jurídicos se lleva a cabo ya sin preocupación alguna por la limitación que implica un marco jurídico determinado. En materias tales como: laboral, propiedad intelectual, fiscal, contra-

tos aleatorios (apuestas), publicidad, licencias, responsabilidad civil derivada de actos ilícitos, todo tipo de operaciones financieras: ¿cuál ámbito jurídico protege a los contratantes, o terceros? ¿Ante cuál autoridad jurisdiccional o administrativa se presenta una reclamación, si una operación se realiza “virtualmente” a través de Internet? ¿Se habla ya de un “Derecho cibernético”!

Desde luego, los Estados, muy específicamente los países que conforman la Unión Europea, han reaccionado activamente, mediante la suscripción de tratados o convenciones que contienen regulaciones específicas. La creación y desarrollo de la Unión Europea han ocasionado importantes reformas, de las cuales lo menos que puede decirse es que son revolucionarias y creativas en el ámbito jurídico. Pueden mencionarse, en este aspecto, la Convención de Roma sobre la Ley Aplicable a Obligaciones Contractuales (1980), (la Convención de Roma), la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1980), y más recientes, diversas Directivas expedidas por la Unión Europea (v.gr. la Directiva 94/95 —disponible en <http://europa.eu.int/comm/dg15/en>— que entró en vigor en octubre de 1998). Sin embargo, estos instrumentos sólo tienen efectos para los países signatarios, y en la medida de que se complementen con adecuaciones a su legislación interna.

De igual forma, las legislaciones internas de los Estados contienen ordenamientos tendientes a *regular* ciertas actividades que implican necesariamente actividades internacionales, o sea, que trascienden las fronteras formales de cada país, tales como el intercambio comercial, la aviación, las telecomunicaciones, el transporte de fluidos como el gas natural o el petróleo. Pero, ¿hasta dónde puede llegar esta “regulación”? ¿Hasta qué punto puede regularse una “señal” que se origina en algún punto lejano del planeta y se recibe en el territorio nacional, por algún medio, como el Internet sobre el cual no tiene control? Los Estados tienen “soberanía” sobre el espacio aéreo, pero ¿qué ocurre cuando un satélite, que está en el espacio, “invade” con sus señales el espacio aéreo? ¿Tiene límites el espacio aéreo? ¿Ocurre con el espacio lo mismo que con las aguas internacionales, donde ningún Estado ejerce su soberanía? En el aspecto ambiental, ¿qué ocurre jurídicamente cuando un desastre ambiental ocasionado por el hombre, por ejemplo, una

explosión nuclear, afecta a todos los productos agrícolas o animales del planeta? El desarrollo de la biogenética, que cambia los patrones genéticos de las semillas y los animales en formas desconocidas hace pensar en nuevos desafíos jurídicos: ¿cómo opera la responsabilidad extracontractual en estos casos? Observamos que la regulación de estos temas no puede ir más allá de un esfuerzo por ejercer cierto control administrativo cuando la actividad se lleve a cabo por particulares en el territorio nacional, pero hasta cierto límite. En esta nueva era, hay aspectos donde los Estados no pueden actuar mediante la regulación, ni el marco jurídico, con sus mecanismos actuales, es suficiente.

En el campo de la contratación internacional y el derecho privado, las personas privadas han reaccionado también activamente (o han aprovechado la coyuntura), ejerciendo en forma amplia la libertad de contratación, ahora ya sin fronteras que los limiten. Recordemos que la libertad de contratación, en cada sistema jurídico, siempre ha tenido un límite: los derechos de terceros y el orden público. Pero estos principios se desvanecen en la globalización. Así, se ha desarrollado y ha florecido, valga la expresión, una figura que genéricamente puede denominarse como “contrato internacional”. Aun cuando el objeto del contrato sea específico, estos contratos tienen varias características comunes:

a) Una observación preliminar es que se requiere conocer, en los contratos internacionales, cuando menos el idioma inglés, *lingua franca* en el comercio internacional. La primera dificultad del estudioso de estos temas es entender la conceptualización de los términos utilizados en él, sobre todo cuando se encuentra que la traducción literal no corresponde a un concepto equivalente en los sistemas del derecho común de la tradición romana.

Como ejemplos pueden mencionarse:

—Los *positive* y *negative covenants*, que bien puede traducirse como obligaciones de hacer o de no hacer, pero resulta que en el contexto de un contrato, dichas obligaciones de hacer no hacer tienen un peso determinado que acarrea consecuencias diferentes para

cada una, que pueden llevar a la rescisión, terminación, u otra cosa, que se encuentra en otra parte del contrato, con la simple fórmula de que “En caso de incumplimiento de lo estipulado en la cláusula x (relativa a las obligaciones de no hacer (*negative covenants*) —o de hacer (*covenants*), la consecuencia será el vencimiento anticipado, o la rescisión, etcétera.

—Otro concepto relacionado con lo anterior, son los *remedies*—remedios, traducidos literalmente. Éstos son mecanismos previstos en el contrato para “remediar” —subsanan— ciertas situaciones antes de llegar a la rescisión o terminación anticipada. Por ejemplo, “Si una parte deja de pagar puntualmente, está obligada a ... (avisar a su contraparte, o pagará además de lo pactado, la cantidad de..., etcétera. Estas cláusulas no encuentran su equivalente en nuestros contratos, donde el marco jurídico nos indica claramente qué hacer en caso de incumplimientos de cualquier tipo.

—Estos contratos tienen “Capítulos”. En el primer capítulo denominado “Definiciones” se establece un verdadero glosario/diccionario *ad hoc*, que señala con claridad cuál es el alcance y contenido de las palabras utilizadas en el contrato. No sólo se refieren a lo que usualmente contenemos en nuestros contratos en lo relativo a la personalidad de las partes, sino también qué se debe entender, por ejemplo, como “interés”, “lugar de pago”, “día”, “día hábil”, etc. Esto llega al punto de que el Capítulo de definiciones es más extenso que el contenido mismo de las estipulaciones.

b) En su estructura, siguen básicamente un esquema angloamericano.

c) Pretenden ser autosuficientes, en el sentido de que en sus estipulaciones se comprenden, hasta llegar al mínimo detalle, todas las obligaciones y derechos de las partes sin referencia a un marco jurídico concreto; así, no contienen, como nuestros contratos clásicos, una parte de declaraciones y otra de cláusulas, en el entendido de que implícitamente el marco legal concreto suple, o protege a los contratantes en aquellos aspectos no previstos concretamente en el contrato.

d) En consecuencia, se habla de una “ley propia” del contrato, que es la que la voluntad de los contratantes establece. No existe, o se pretende que no existan, los límites del orden público (¿cuál?) o las *bonae mores* (¿de dónde?); y, en cuanto a los terceros, se minimiza el problema, pues, ¿ante quién recurren? No obstante esta aparente libertad de contratación que se quiere irrestricta, las partes en los contratos internacionales, al llegar a la cláusula de ley aplicable, tienden a establecer una ley aplicable como marco jurídico, dejando el resquicio de que esa ley se aplicará en todo lo no previsto específicamente en el contrato, o bien parcialmente a ciertas cláusulas, y en otras a otra ley. Esto hace surgir la figura de ciertas cláusulas denominadas “cláusulas candado” que señalan los límites a la ley aplicable (ver artículo de Otto Sandrock en esta Revista).

e) En lo que se refiere a solución de controversias, normalmente se estipula el arbitraje como medio de dirimir controversias, con el claro propósito de no estar sujeto a las resoluciones de tribunales estatales. De igual forma, se maneja ahora la “mediación” como procedimiento de solución de controversias donde las partes se sujetan a la mediación que se lleva a cabo por juristas destacados y especializados. Pero en ambos el problema grave es la ejecución de las resoluciones o laudos.

En los países de derecho consuetudinario, se ha facilitado más el proceso de adaptación a la globalización; en contraste, los países de derecho escrito (y de estricto derecho), sufrirán en mayor grado el proceso. Estas reflexiones nos llevan a la conclusión de que, como abogados en un país como el nuestro, nos enfrentamos a retos importantes que implican una apertura a la globalización. En cada tema que se nos ocurra, surge la necesidad de realizar análisis jurídicos. Habrá que diseñar, con creatividad e ingenio, nuevos esquemas e instrumentos jurídicos, donde será necesario echar mano de todos nuestros conocimientos y experiencia, para establecer en el campo jurídico nuevos esquemas adecuados a los avances de la ciencia y la tecnología.

¡BIENVENIDOS AL SIGLO XXI!