

Canadá en los escenarios de la unificación del derecho internacional privado

Diego P. Fernández Arroyo*

Resumen

La participación de Canadá en los procesos de codificación internacional del DIPr y del Derecho Comercial Internacional, está condicionada por la propia configuración político-administrativa del país. Además de su conocido carácter federal, Canadá tiene dos lenguas oficiales y, sobre todo, de dos sistemas jurídicos con profundas divergencias de fondo: el romano-germánico y el del *common law*. Este país que celosamente mantiene un carácter plurilegislativo en el orden interno desarrolla una actividad intensa, en los foros dedicados a la unificación internacional de la reglamentación de las relaciones jurídicas privadas vinculadas con distintos ordenamientos.

Introducción

Más que una introducción en sentido estricto lo que este trabajo requiere es una explicación, siquiera somera, de su razón de ser. La primera cuestión que ha de aparecer ostensiblemente en la mente del lector tiene que ver con la recurrencia del tema general. En efecto, resulta cuanto menos lícito, a poco que uno se deje influir por las opiniones de prestigiosos juristas,¹ preguntarse a qué viene un discurso sobre la codi-

Abstract

Canada's participation in the codification process on Private International Law and of International Commercial Law is conditioned by the political-administrative conformation of the country. In addition to its well known federal character, Canada has two official languages, and moreover, has two legal systems with substantial differences: the civil law system and the *common law*. This country, which jealously preserves a multi-legal character internally, participates intensively in the fora devoted to international unification of the international regulations of private legal relationships related to different legal bodies.

ficación internacional del derecho una vez que estamos entrando decididamente en el siglo XXI. Es como si la sola mención del tema sonara a algo viejo, de otra época. Quien esto escribe puede dar fe de esa impresión generalizada en buena parte de sus colegas. No obstante, y sin dejar de reconocer la solvencia de algunos planteamientos como los antes aludidos, cualquier observación, hecha con un mínimo de objetividad, de la realidad de los procesos actuales de producción jurídica y en particular del Derecho Internacional Privado (DIPr), ofrece un panorama que no deja mucho lugar a dudas y que muestra el renovado auge de los esfuer-

* Este trabajo se enmarca en el Programa de Estudios Canadienses del Ministerio de Asuntos Exteriores de Canadá. El autor desea agradecer la generosa acogida de autoridades y personal de la Universidad de Ottawa, la tan amable como útil colaboración del Decano de su Sección de Derecho Civil, Prof. Louis Perret, y del Prof. Ernest Caparrós, así como los materiales, consejos y facilidades prestados por el Prof. H. Patrick Glenn (Universidad McGill de Montreal), Kathryn Sabo (Ministerio de Justicia), Jonathan Fried (Ministerio de Asuntos Exteriores), Lorraine Choquette (Embajada de Canadá en España) y, muy especialmente, Kate Lanman (Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos). Profesor de la Universidad Complutense de Madrid.

¹ De las múltiples críticas que se han hecho a la codificación internacional del derecho o, para ser más claro, de los variadísimos catálogos de

sus defectos y limitaciones, he citado muchas veces la muy incisiva de H. U. Jessurum d'Oliveira, "Codification et unification du droit international privé", *Unification. Liber Amicorum Jean Georges Sauveplanne*, Deventer, Kluwer, 1984, pp. 117-130. En la doctrina española cabe traer a colación la que realiza, desde una perspectiva filosófica, S. Sánchez Lorenzo, "Postmodernismo y Derecho internacional privado", *REDI*, XLVI, 1994, pp. 131-148, y la más formalista de J.C. Fernández Rozas, "Los tratados internacionales en el sistema español de Derecho internacional privado y su aplicación judicial", en J.C. Fernández Rozas (dir.), *Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles*, Madrid, CGPJ, 1997, esp. pp. 154-158.

zos de unificación (como también se menciona a la codificación internacional), ya sea en el ámbito “tradicional” de las instituciones especializadas en esta tarea o en el más novedoso de los sistemas de integración regional.²

Mírese por dónde se mire, los esfuerzos encaminados a la codificación del DIPr aparecen en la hora actual con un brío inusitado.³ Dentro del ámbito “universal” puede verse cómo la Conferencia de La Haya de DIPr, el foro codificador por excelencia, lejos de reducir su ritmo de trabajo, se encuentra lanzada a uno de sus más ambiciosos objetivos: la aprobación de una convención que reglamente, dentro de las materias civil y comercial, la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras. Junto a este tema, la agenda de la Conferencia recoge temas tan variados como los alimentos, las garantías mobiliarias, las parejas de hecho o el comercio electrónico. La Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), por su parte, después de haber preparado leyes modelo de considerable éxito sobre arbitraje comercial internacional, insolvencia o comercio electrónico, se encuentra trabajando, entre otros temas, en un convenio sobre cesión de créditos en el comercio internacional. Algo similar puede constatarse en la actividad del Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), el cual, poco tiempo después de haber concretado uno de los trabajos más trascendentes de toda la historia de la unificación del derecho —obviamente, me refiero a los

principios UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales—, se encuentra preparando una segunda parte de los Principios, unas reglas transnacionales de procedimiento civil, un convenio sobre garantías mobiliarias internacionales sobre equipos móviles y una ley modelo sobre franquicia.

En el ámbito regional, la situación no es muy diferente. Como ha quedado dicho, la Comunidad Europea decidió “comunitarizar” el DIPr, lo que significa que desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam el 1 de mayo de 1999, las normas estrictamente comunitarias de DIPr cuentan con una base jurídica específica; por esa razón, ahora, además de las normas de DIPr que ya aparecían más o menos aisladas en textos de Derecho comunitario referidos a diversas cuestiones materiales —como los seguros, las cláusulas abusivas o el *time-sharing*—, existe la posibilidad de elaborar textos de Derecho derivado comunitario exclusivo de DIPr.⁴ También en el continente americano se observa hasta qué punto la codificación internacional del DIPr sigue al orden del día. A escala continental aparece una vez más la CIDIP, que se encuentra preparando su sexta edición con una agenda inclinada hacia tópicos vinculados con el comercio internacional. En la esfera subregional ya he mencionado el caso particular del MERCOSUR, que en muy pocos años de vida ya cuenta con varios textos de DIPr.⁵

Hecha la primera aclaración, procede precisar la razón de la ausencia de distinción en el título de este trabajo entre DIPr y Derecho del comercio internacional (al que llamaré, desde ahora, DCOMI). Normalmente las referencias al DIPr, en general y en particular cuando se habla de unificación, se entienden hechas con un alcance lato, a todas las cuestiones relativas al tráfico privado internacional, salvo que se realice algún tipo de concreción. Por eso, cuando se habla por ejemplo de los órganos dedicados a la codificación

² Podría decirse que el adjetivo “novedoso” sólo guarda correspondencia con los sistemas de integración —valga la redundancia— “nuevos”, como es el caso del MERCOSUR, particularmente en materia de DIPr (ver A. Dreyzin de Klor, *El MERCOSUR Generador de una nueva fuente de Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Zavallá, 1997). Sin embargo, en el marco comunitario europeo —cuyo proceso de unificación jurídica es, en cualquier caso, mucho más nuevo que el realizado en el seno de los foros de codificación— la novedad viene dada por el carácter supranacional de las reglas de DIPr, carácter antes sólo predicable de algunas normas concretas y ahora extendido por la vigencia del art. 65 del Tratado de la CE incorporado por la reforma de Ámsterdam (ver Ch. Kohler, “Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d’Amsterdam”, *Revue critique dipr.*, 1999, pp. 1-30, J. Basedow, “The Comunitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam”, *Common Market L. Rev.*, 37, 2000, pp. 687-708, J. Israël, “Conflicts of Law and the EC after Amsterdam. A Change for the Worse?”, *Maastricht Journ. Eur. Comp.L.*, 7, 2000, pp. 81-99). Vale destacar que, tal carácter supranacional hace que el actual proceso codificador que lleva a cabo la CE no sea equiparable sin más a cualquiera de los demás procesos de codificación internacional.

³ Ver C. Kessedjian, “La codification privé”, *Liber Amicorum Georges A.L. Droz*, La Haya/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 1996, p. 135: “hoy como ayer, la codificación constituye el *best seller* de los juristas. Todo el mundo, o casi, codifica”.

⁴ Posibilidad que ya fue llevada a cabo. En concreto, el 29 de mayo de 2000 se aprobaron los Reglamentos 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia, 1347/2000 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, y 1348/2000 relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (todos publicados en el *DOCE L* 160, de 30.6.00). Además, el 22 de diciembre de 2000 se ha aprobado el Reglamento 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DOCE L* 012, de 16.1.01).

⁵ Ver, A. Dreyzin de Klor, *op.cit.*, y D.P. Fernández Arroyo, “La nueva configuración jurídica del Derecho internacional privado del MERCOSUR: ocho respuestas contra la incertidumbre”, *Jurídica*, 1999, pp. 267-285.

internacional, se suelen incluir todos los mencionados hasta ahora e incluso alguno más como la Comisión Internacional de Estado Civil⁶ o el Banco Mundial (en particular desde la creación del Centro Internacional para la Resolución de Disputas relativas a Inversiones —CIRDI—). Sin embargo, tal vez hubiera sido más riguroso introducir esta distinción atendiendo a la importante corriente doctrinal que propugna la autonomía del DCOMI, sin desconocer que en buena medida dicha autonomía halla apoyo fundamentalmente en la parte “institucional” del DCOMI —de fuerte contenido público—⁷ y no en el desarrollo de las materias particulares;⁸ estas últimas, en cuanto se refieren a situaciones privadas internacionales, cabrían perfectamente en una parte especial del DIPr que no se agotara en un mero Derecho civil internacional.⁹

La precisión o distinción aludida tiene que ver también con las particularidades que ofrece el presente estudio. Es verdad que no tiene por qué haber problemas para aceptar que las materias que son objeto de codificación en los diferentes foros internacionales pueden considerarse de DIPr en la medida que afecten total o principalmente cuestiones de Derecho privado, sea éste civil o comercial. Pero también es verdad que la unificación de la reglamentación de las materias más estrictamente comerciales ha cobrado singular importancia al socaire del aumento exponencial de los intercambios internacionales,¹⁰ que es una de las tendencias que caracterizan al proceso de globalización contemporáneo,¹¹ del cual Canadá es un actor de primer orden.

⁶ Ver, por ejemplo, la recopilación *Legislación de Derecho internacional privado*, 3a. ed., Granada, Comares, 2000, pp. 323-364.

⁷ Fundamental pero no exclusivamente. Ver D.M. McRae, “The Contribution of International Trade Law to the Development of International Law”, *Recueil des Cours*, 260, 1996, pp. 99-238.

⁸ Para diferentes perspectivas sobre la cuestión de la autonomía del DCOMI, ver J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, “El Derecho del comercio internacional”, en J.C. Fernández Rozas (ed.), *Derecho del comercio internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, pp. 38-43.

⁹ Ver D.P. Fernández Arroyo, *Derecho internacional privado (una visión actual de sus elementos esenciales)*, Córdoba, Advocatus, 1998, pp. 42-44.

¹⁰ Acerca de las características y necesidades específicas de la codificación en este ámbito, ver A. von Ziegler, “Particularities of the Harmonisation and Unification of International Law of Trade and Commerce”, *Libera Amicorum Kurt Siehr*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2000, 875-885.

¹¹ Ver C. García Segura, “La globalización en la sociedad internacional contemporánea: dimensiones y problemas desde la perspectiva de las relaciones internacionales”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1998, pp. 332-333 y 338.

Por fin, la tercera parte de la explicación es, acaso, la más relevante ya que, aun cuando no quepan dudas del auge renovado de la codificación internacional del DIPr, ni acerca de la pertinencia de la distinción entre DIPr y DCOMI, en todo caso cabe preguntarse cuál es el sentido y la razón de ocuparse de la participación dentro de dicho proceso de un país determinado y, en concreto aquí, de Canadá.¹² Pues bien, en primer lugar hay que prestar atención a la situación de este país en el concierto mundial. Así se verá que no sólo forma parte del selecto club de los Estados más ricos del planeta, el G-8 (o G-7 más Rusia), pertenencia que lo sitúa en el atalaya desde el cual se deciden buena parte de las políticas fundamentales de los principales organismos internacionales, sobre todo de los que están vinculados de alguna manera u otra con la economía, el comercio y las finanzas; además de eso, en los últimos 15 años, ha desplegado una impresionante ofensiva comercial en los más variados frentes.¹³ Su acuerdo de libre comercio con Estados Unidos primero y con ese país y México después, su participación en la Asociación de Cooperación Económica Asia Pacífico (APEC), y su dinámica actividad en la preparación del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), que no han hecho mella en su actividad multilateral en el seno de la Organización Mundial del Comercio (OMC) ni en su actividad bilateral, demuestran a las claras cuál es la actitud de Canadá en este ámbito.¹⁴

Al lado de lo anterior, es válido destacar que la señalada vinculación entre el crecimiento del comercio internacional y la reglamentación de las materias directamente relacionadas con el mismo parece haber sido tomada como una “cuestión personal” por Canadá. En este sentido, al impulso de lo comercial se le ha añadido un considerable protagonismo en lo jurídico. Y por allí pasa lo que se quiere desentrañar en este trabajo, esto es, analizar las características de la

¹² Cf. las ideas en torno al interés de elegir a Canadá como objeto de un estudio sobre economía política internacional, presentes en S. Clarkson, “El Estado canadiense dentro de una gobernabilidad múltiple, regionalizada y globalizada”, en T. Gutiérrez-Haces, *Canadá. Un Estado posmoderno*, México, Plaza y Valdés, 2000, pp. 29-30. En el ámbito concreto de este estudio, de cualquier modo, la tarea no es original, al menos para autores canadienses. Así, puede verse Ch. Verdon, “Le Canada et l’unification internationale du droit privé”, *Canadian Yearbook of Int.L.*, XXXII, 1994, pp. 3-37.

¹³ Ver la evolución de la política comercial canadiense en M.G. Smith, “Trade Policies in Canada”, en J. Witker (coord.), *Legal Aspects of the Trilateral Free Trade Agreement*, México, UNAM, 1992, pp. 11-41.

¹⁴ Ver *infra*, III.1.

labor de Canadá en los foros multilaterales y el contenido de sus presentaciones en los mismos, intentando conocer hasta qué punto dicho protagonismo se traduce en consecuencias concretas y, en el mejor de los casos, las razones para ello. Cumplir, aunque sea parcialmente, con un objetivo como el propuesto puede llegar a tener múltiples utilidades. Por un lado, puede resultar interesante desde la perspectiva de aquellos Estados que comparten con Canadá alguna de las cualidades que lo distinguen. Por otro lado, no es inimaginable que pueda servir en algo desde el punto de vista de los organismos internacionales dedicados a la codificación del derecho. Dentro de un marco geográfico más acotado, tal vez acerque algunos elementos para vislumbrar cuál es y cuál podría ser el papel de Canadá dentro de la codificación inter-americana. Y, desde luego, cualquier resultado dentro de los tres órdenes aludidos sería de interés también para el propio país tomado a la vez como objeto y sujeto del presente estudio.

La múltiple singularidad canadiense como *prius*

En general

Es difícil encontrar un trabajo sobre cualquier aspecto de la realidad jurídica canadiense que no se detenga a analizar, con mayor o menor detalle, el alcance de la múltiple singularidad que presentan sus sistemas político-administrativo y jurídico, así como su particular configuración cultural, cifrada en especial en el federalismo, la coexistencia de dos sistemas jurídicos diferentes, el bilingüismo y la multiculturalidad. Es, en concreto, dicha singularidad la que justifica tal desarrollo. Si esto es habitual en los estudios que se publican en Canadá, resulta todavía menos eludible cuando ellos son elaborados para su publicación en cualquier otro país. Como es obvio, hay más países que participen de alguna de las características mencionadas, como también hay abundantes trabajos que analizan la influencia de cada una de ellas en las cuestiones de DIPr, ya sea en general o respecto de algún país o de un grupo de países determinados. Pero no existe ningún país en el cual se presenten así, de una manera tan acusada y con unas consecuencias tan claras en el ámbito del DIPr. No me parece que resulte adecuado para este trabajo desarrollar de forma minuciosa cada una de las “manifestaciones de singularidad” mencionadas. En cambio, sí creo que procede un planteamiento somero, esquemá-

tico, de ellas, tomando en consideración la importancia que pueden tener en todo lo que se refiera a la codificación internacional.

Federalismo

El carácter federal de la estructura político-administrativa canadiense no puede escindirse de los avatares históricos de este país y de las peculiaridades de su estructura constitucional. Para empezar, téngase en cuenta que la “Constitución canadiense”, es decir, la Ley constitucional de 1867,¹⁵ es en realidad una ley del Reino Unido, denominada desde su origen y hasta 1982 “Ley de la América del Norte británica” — *British North America Act*—. ¹⁶ Es en 1982 que se dicta la “Ley sobre Canadá”, en virtud de la cual se produce la “repatriación” de la Constitución al abdicar el Parlamento británico todo poder sobre el país americano,¹⁷ completando así sobre el plano formal la independencia política canadiense que había sido adquirida por una serie de actos ocurridos a partir de 1919 —de acuerdo a lo declarado por la Corte Suprema de Canadá en el asunto de “los derechos mineros submarinos”—¹⁸ y confirmada por el Estatuto de Westminster de 1931.¹⁹

Pues bien, puede decirse que el federalismo constituye el corazón de la Constitución canadiense. Dos jueces de la misma Corte Suprema, en el asunto sobre

¹⁵ Sería más correcto y menos simplista referirse a dicha Ley como “la parte escrita de la Constitución canadiense”. Cf. G.L. Gall, *The Canadian Legal System*, 4a. ed., Scarborough, Carswell, 1995, p. 65. E. McWhinney, “Federalism, Biculturalism, and International Law”, *Canadian Yearbook of Int. L.*, III, 1965, p. 120, expresa que tal Ley, “en sí misma es, por supuesto, sólo una entre un grupo de leyes, códigos, normas convencionales y sistemas de *case law*, que en conjunto formaban parte del “entendimiento tácito” de la confederación canadiense en 1867”. Expresamente, se refiere a “*fundamental assumptions or understandings (the grundnorm, if you will)*”. Ver también H. Brun y G. Tremblay, *Droit constitutionnel*, 3a. ed., Cowansville, Y. Blais, 1997, pp. 11-16.

¹⁶ Que viene a ser la quinta Constitución canadiense, después de las de 1763, 1774, 1791 y 1840, todas dentro del régimen británico iniciado entre 1759 (capitulación de Québec) y 1760 (capitulación de Montreal). Ver G.-A. Beaudoin, *Le fédéralisme au Canada*, Montreal, W & L (La collection bleue), 2000, pp. 5-10. Cf., no obstante, J.M. de Dios Marcer, “Implicaciones de la multiculturalidad en el ordenamiento jurídico canadiense”, *Rev. Mexicana DIPr*, 8, 2000, p. 44: “la primera Constitución canadiense data de 1867”.

¹⁷ Ver J.J. Morin y J. Woehrling, *Les constitutions du Canada et du Québec. Du régime français à nos jours*, t. I, Montreal, Thémis, 1994, p. 142.

¹⁸ *Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] R.C.S. 792. Entre esos actos se destacan: la firma del Tratado de Versalles (1919), la firma del Tratado del fletán (1923), la presencia de un embajador canadiense en Washington (1926) y la Declaración Balfour (1926) que venían a reconocer un estatus de independencia e igualdad con Gran Bretaña. Ver G.-A. Beaudoin, *op. cit.*, p. 16. Ver también *infra*, II.2.A).

¹⁹ 22, George V, Ch. 4 (R.U.), sancionado el 11 de diciembre de 1931.

la “repatriación de la Constitución”, lo han definido como el “principio dominante del Derecho constitucional canadiense”.²⁰ Y es preciso notar que, aunque no fue hasta la Ley constitucional de 1867 cuando el federalismo adquirió rango constitucional, la noción del mismo estuvo presente en el país desde fines del siglo XVIII.²¹ Como señalé antes, es evidente que hay más países que han adoptado la forma federal; sin salir del continente americano, tenemos a Argentina, Brasil, Es tados Unidos, México y Venezuela, países todos en los cuales el poder legislativo es compartido entre las entidades autónomas federadas (Provincia, Estado) y el poder central (Nación, Estado, Unión, Federación), quedando así sus ciudadanos —en principio— sujetos a dos órdenes diferentes.²² Pero el modelo canadiense, además, deja ver la influencia de varias características constitucionales particulares,²³ entre las cuales cabe destacar que: Canadá sigue siendo una monarquía en el marco de la corona británica;²⁴ el carácter parlamentario de la misma provoca una estrecha relación entre los poderes ejecutivo y legislativo ya que, en realidad, el jefe del ejecutivo (el Primer Ministro) tiene el respaldo de la mayoría parlamentaria;²⁵ la Constitución es en parte no escrita;²⁶ los senadores no son elegidos por el pueblo ni representan a las provincias sino que son nombrados por la Corona a propuesta del Primer Ministro;²⁷ la Corte Suprema no actúa sólo en cuestiones federales sino que entiende también en la apelación de las decisiones de las más altas instancias provinciales sobre materias que no revisten carácter federal.²⁸

²⁰ *Renvoi sur le repatriement de la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753. G.-A. Beaudoin, *op. cit.*, p. 21.

²¹ *Ibid.*

²² En principio, porque hay situaciones en las cuales no existe poder descentralizado, como sucede en los territorios sujetos al poder federal, como suele ser el caso de las capitales.

²³ Ver G.-A. Beaudoin, *op. cit.*, pp. 16-37 y, comparando las constituciones de Canadá y de Estados Unidos, pp. 40-57.

²⁴ Así, la imagen de Isabel II está presente en billetes y monedas de curso legal. Ver F. MacKinnon, *The Crown in Canada*, Calgary, McClelland and Stewart West, 1976.

²⁵ En rigor, según la Ley constitucional de 1867, la Reina es la titular del poder ejecutivo (art. 9) y forma parte del legislativo junto con el Senado y la Cámara de los Comunes (art. 17). Además, la justicia se imparte en su nombre.

²⁶ Son normas no escritas las que rigen la actividad del Primer Ministro, el papel del Gabinete y el principio de gobierno responsable.

²⁷ Ver las propuestas de reforma en G. Robertson, “The Missing Balance in Canadian Federalism”, en VV.AA, *Le fédéralisme de demain: réformes essentielles*, Montreal, W & L, 1998, pp. 237-256.

²⁸ En realidad, la Corte, que había sido establecida por una ley de 1875, no fue Suprema hasta 1949, cuando se abolieron totalmente las apelaciones al Comité Judicial del Consejo Privado de su Majestad. Es de resaltar

En el plano legislativo, la influencia del federalismo es tan impresionante que un desarrollo siquiera esbozado del mismo no puede caber en este trabajo. Pero sí es necesario llamar la atención sobre las cuestiones relativas a la legislación en materia de DIPr. Las competencias legislativas están repartidas en Canadá entre las Legislaturas provinciales y el Parlamento federal. Los artículos 91 a 95, 101 y 132 de la Ley constitucional de 1867, 2 a 4 de la Ley constitucional de 1871, y 2 y 3 del Estatuto de Westminster realizan dicha repartición. En particular, el mencionado art. 91 establece la lista de atribuciones federales, precedida por la de “hacer las leyes para la paz, el orden y el buen gobierno de Canadá” en relación con todas las materias que no caigan dentro de las atribuciones exclusivamente otorgadas a las provincias, lo que le viene a conferir un carácter residual a dicha atribución,²⁹ habiéndose reconocido también el poder de ejercerla en virtud del interés general y en casos de urgencia.³⁰ Entre las atribuciones expresamente concedidas al Parlamento por el art. 91 en el ámbito del Derecho privado, se encuentran las relativas a matrimonio y divorcio (inc. 26), quiebra e insolvencia (inc. 21), papeles de comercio (inc. 18), derecho marítimo (inc. 10), patentes (inc. 22) y derechos de autor (inc. 23).

Por su parte, el art. 92 determina los “poderes exclusivos de las Legislaturas provinciales”, calificados en todos los casos por las palabras “en la provincia”, como por ejemplo, “(L)a celebración del matrimonio en la provincia” (inc. 12) o —mucha atención— “(L)a propiedad y los derechos civiles en la provincia” (inc. 13),³¹ el cual constituye “lejos el más importante” de ellos y cuya interpretación —en relación con uno o

también que, pese a que la Ley constitucional de 1867 (art. 101) se refiere a ella, y la Ley constitucional de 1982 (arts. 41 y 42) la menciona expresamente, la Corte en sí no está reglamentada constitucionalmente.

²⁹ Así, pueden mencionarse las atribuciones para la incorporación sociedades que no tengan un “objeto provincial”, la aeronáutica, las telecomunicaciones, etc. Sobre la inclusión en esta lista de las atribuciones respecto de la codificación internacional y el alcance del art. 132, ver *infra*, epígrafe II.2.A).

³⁰ Ver P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 4ª ed., Scarborough, Carswell, 1997, cap. 17 (quien se refiere a las tres ramas del “*p.o.g.g. power*” —*peace, order and good government*—), y G.-A. Beaudoin, *op. cit.*, pp. 445-481.

³¹ Para el alcance dado por la jurisprudencia (tanto del Consejo Privado como de la Corte Suprema canadiense) a esta expresión, ver P.W. Hogg, *op. cit.*, cap. 21. *Cf.*, recientemente en la jurisprudencia provincial (Corte de Apelaciones de Alberta), el caso relativo a la Ley de armas de fuego, *Reference re Firearms Act (Canada)*, (1998), 19 C.R. (5th) 63, 219 A.R. 201, 228 A.R. 35, [1999] 2 W.W.R. 579, 164 D.L.R. (4th) 513, y el comentario de J. Ross, en *National Journ. of Const. L.*, 11.1, 1999, pp. 175-186.

más de los poderes otorgados al Estado— ha provocado la mayoría de los más importantes casos constitucionales.³² A su vez, el inc. 16 se refiere a “En general todas las materias de naturaleza meramente local o privada en la provincia”. Tal reglamentación del poder provincial se ha convertido en el fundamento principal de las consideraciones constitucionales en materia de DIPr³³ y el problema parece ser determinar cuándo los derechos se localizan en la provincia. Claro que la factura de los arts. 91 y 92 no ayudan demasiado al intérprete.³⁴

Desde luego, constituye un dato muy destacable del federalismo canadiense en su relación con el DIPr que la ausencia de una *full faith and credit clause* no sea un obstáculo para que el federalismo tenga un peso decisivo sobre el DIPr del país, como se demuestra en el caso *Morguard Investments Ltd. vs. De Savoye*.³⁵ Se trataba allí del reconocimiento en la Columbia Británica de una decisión adoptada en Alberta contra un deudor hipotecario (De Savoye) residente en la primera provincia, que al tiempo de la celebración del contrato residía en la segunda, donde además se encontraba el bien hipotecado. A pesar de estos contactos, la jurisdicción se basó en la fórmula tradicional del *common law* conocida como “*service of the writ*”, es decir, la entrega de la cédula de emplazamiento a la parte demandada, cuya realización, en determinados casos, se permite fuera de la jurisdicción.³⁶ Como De Savoye no compareció ni se defendió, no fue difícil para Morguard obtener tanto la ejecución del bien co-

mo una sentencia favorable para cobrar el resto de la deuda, sentencia que fue reconocida por la Corte de Apelaciones y por la Corte Suprema de la Columbia Británica. Ante esta situación, entonces sí, De Savoye recurrió a la Corte Suprema, sólo para chocar contra un imperturbable juez La Forest quien, basándose en la “obvia intención de la Constitución de crear un único país” —con ciudadanía común, libertad de circulación dentro del país, mercado común y considerables atribuciones otorgadas a los órganos legislativo y judicial federales—, señaló que una cláusula *full faith and credit* es innecesaria, ya que, en todo caso, la existencia de tales cláusulas en otros países federales lo que demuestra es que un régimen de reconocimiento mutuo de decisiones en todo el país “es inherente a una federación”. El único requisito que se exige es que el juez de origen haya ejercido su jurisdicción “apropiadamente”, lo cual para la Corte significa que exista una “conexión real y substancial” entre dicha jurisdicción y el caso.³⁷ Resulta notable que esta actitud “liberal” se haya extendido igualmente al reconocimiento de sentencias extranjeras, aunque ya no como un imperativo constitucional.³⁸

Coexistencia de sistemas jurídicos diferentes

La estructura federal no tendría tanta importancia en el plano jurídico —o, mejor dicho, no tendría mucha más importancia que la que tiene en otros países federales o con algún otro tipo de estructura descentralizada— si no se produjera, además, la coexistencia en el Estado de los dos grandes sistemas de Derecho occidentales: el del *common law* y el del llamado derecho civil.³⁹ Del costado histórico es importante recordar que desde la fundación de Nueva Francia a principios del siglo XVII hasta 1759, lo que entonces era Canadá estuvo bajo dominio francés. Después de la llamada “guerra de siete años”, se produjeron las capitulaciones de Québec y Montreal que desemboca-

³² Ver P.W. Hogg, *op. cit.*, 21.1.

³³ En especial desde que los contratos fueron incluidos dentro de la noción de “derechos civiles” (*Citizens Insurance Co. v. Parsons*, (1881) 7 App. Cas. 96). Ver P.E. Herzog, “Constitutional Limits on Choice of Law”, *Recueil des Cours*, 234, 1992-III, p. 296.

³⁴ Ver A.S. Abel, “The Neglected Logic of 91 and 92”, *U. Toronto L. Journ.*, 19, 1969, pp. 487-321.

³⁵ [1990] 3 S.C.R. 1077. Ver D. McClean, “*De Conflictu Legum*. Perspectives on Private International Law at the Turn of the Century. General Course on Private International Law”, *Recueil des Cours*, 282, 2000, pp. 167-169.

³⁶ Téngase en cuenta que mientras que dicho criterio es utilizado como foro de competencia, paradójicamente las propias jurisdicciones del *common law* no reconocen las decisiones adoptadas a partir del mismo. *Ibid.*, p. 167. Ver también D. McClean, “A Common Inheritance? An Examination of the Private International Law Tradition of the Commonwealth”, *Recueil des Cours*, 260, 1996, p. 55. Este criterio de competencia es actualmente reconocido como un foro exorbitante, y en tal sentido lo prohíbe el art. 3 del Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia y reconocimiento en materia civil y mercantil (del que son partes todos los Estados de la Comunidad Europea), lo mismo que se hace en el art. 18.2.f) del Proyecto Preliminar de Convenio de La Haya sobre las mismas materias (se encuentra en www.hcch.net).

³⁷ Conexión que en este caso se daba claramente, al estar localizado el inmueble en Alberta, provincia en la cual se celebraron los contratos pertinentes entre dos partes que al momento de la celebración residían allí. Ver W. Tetley, “Current Developments in Canadian Private International Law”, *Canadian Bar Rev.*, 78, 1999, p. 186.

³⁸ Ver C. Walsh, “Conflict of Laws. Enforcement of Extrajudicial Judgments and *In Personam* Jurisdiction of Canadian Courts: *Hunt v. T & N Plc*”, *Canadian Bar Rev.*, 73, 1994, pp. 401-404.

³⁹ Entre las múltiples obras que se pueden consultar sobre la distinción entre ambos, me permito recomendar R. Schlesinger y otros, *Comparative Law. Cases-Text-Materials*, Nueva York, Foundation Press, 1998, esp. pp. 174-283.

ron en el Tratado de París de 10 de febrero de 1763 por el cual Francia cedió Canadá al Reino Unido. Esto ha dejado una impronta muy relevante con repercusión en muchos ámbitos, de la cual, lo que acontece en el campo jurídico es sólo una parte y, no la más importante. Sin embargo, la señalada coexistencia de sistemas, la traza "bijurídica" del ordenamiento jurídico canadiense, posee una trascendencia capital. Es verdad que hay más ordenamientos mixtos en el mundo,⁴⁰ pero en ninguno de ellos la cuestión alcanza la misma dimensión, acaso por el arraigo del carácter bijurídico en dos culturas que han mantenido con mucha nitidez sus respectivas líneas distintivas.⁴¹

No está de más recordar, aunque pueda parecer una *boutade*, que por mucho desarrollo que tenga cada uno de los ordenamientos provinciales, en el estado actual de la evolución político-jurídica de Canadá, ninguno de ellos es totalmente autónomo, sino que todos están anclados en la Constitución. Por ello ha sido la jurisprudencia "constitucional" —antes del Consejo Privado y ahora de la Corte Suprema— la que ha ido definiendo el alcance y sentido de las normas presentes en cada sistema. En ese contexto que se habla de la existencia de una "relación de complementariedad" entre la legislación federal y la de las provincias y que se hace hincapié en que tanto en las jurisdicciones del *common law* como en Québec las normas provinciales se han desarrollado para colmar las lagunas o los silencios dejados por la legislación federal, siempre con la mirada puesta en la vigencia de las normas fundamentales.⁴² Sin ir más lejos, es lo que sucede cuando las

⁴⁰ Algunos Estados norteamericanos, como Louisiana y el asociado Puerto Rico, y Escocia dentro del Reino Unido mantienen una tradición civilista en un contexto de *common law*. Ver W. Tetley, "Mixed jurisdictions: common law vs. civil law (codified and uncoded)", Part. II, *Unif. L. Rev.*, 1999-4, pp. 895-900. Un análisis histórico de otros ejemplos, desde una perspectiva constitucional, se encuentra en E. McWhinney, *loc. cit.*, pp. 110-126. Otros modelos mixtos de Derecho civil y *common law* son, en el continente americano, Guyana y, en el resto del mundo, países con poblaciones tan significativas como Filipinas, Tailandia o Sudáfrica. Algunos países agregan otro sistema además de esos dos, como el Derecho consuetudinario (Camerún, Sri Lanka, Zimbabue), el Derecho islámico (Irán, Arabia Saudita, Yemen) o el Derecho talmúdico (Israel). Ver R. Schlesinger y otros, *op. cit.*, pp. 290-313, y el ilustrativo cuadro presentado por el Prof. L. Perret, en www.uottawa.ca/world-legal-systems/

⁴¹ Ver P.-G. Jobin, "Les réactions de la doctrine à la création du droit civil québécois par les juges: les débuts d'une affaire de famille", *Cahiers de droit*, 21, 1980, pp. 257-258.

⁴² Ver A. Morel, "L'harmonisation de la législation fédérale avec le Code civil du Québec. Pourquoi? Comment?", *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien. Recueil d'études*, Ottawa, Ministère de la Justice, 1997, pp. 4-5, y su referencia al "apoyo fundamental" que confiere la Constitución a las leyes provinciales, mencionado por J.-M. Brisson, "L'impacte du Code civil du

normas federales utilizan nociones de derecho civil sin definir las.⁴³ Es por todo esto que la entrada en vigor — el 1 de enero de 1994 — del Código civil de Québec de 1991 (CCQ)⁴⁴ provocó un intenso debate acerca de la necesidad de adecuar la legislación federal a la nueva configuración del sistema civilista quebequés y la adopción, en 1995, de la "política ministerial sobre el bijuridismo legislativo" de parte del Ministerio de Justicia canadiense.⁴⁵

Por lo que respecta al DIPr, la afirmación de que éste ha estado dominado tradicionalmente por un espíritu de dependencia respecto de las reglas de conflicto de leyes heredadas del *common law* inglés,⁴⁶ no parece antojadiza ni mucho menos descabellada. En la última década es evidente que se ha producido una modernización notable del DIPr canadiense, un poco por las importantes decisiones adoptadas por la Corte Suprema⁴⁷ y otro poco por la aparición en escena del CCQ con una detallada regulación de DIPr⁴⁸ —que genera a su vez su propia jurisprudencia—.⁴⁹ Incluso en los casos en los que podría pensarse a primera vista que la Corte ha retrocedido hacia teorías propias de otras épocas, al menos debería admitirse que en todo caso se trata de versiones de aquéllas dotadas de una singular flexibilidad.⁵⁰ Al lado de esa puesta al día, también es

Québec sur le droit fédéral: une problématique", *Rev. du Barreau*, 52 (1992), p. 353.

⁴³ Ver A. Morel, *loc. cit.*, p. 10.

⁴⁴ L.Q. 1991, c. 64, y decreto de entrada en vigor núms. 712-93 (1993) 125 G.O. II, 3589.

⁴⁵ Ver A. Morel, *loc. cit.*, pp. 14-28, y R.A. Macdonald y F.R. Scott, "Harmonizing the Concepts and Vocabulary of Federal and Provincial Law: The Unique Situation of Quebec Civil Law", *L'harmonisation de la législation...*, *op. cit.*, pp. 29-68.

⁴⁶ Ver W. Tetley, "Current Developments...", *loc. cit.*, p. 153. Una opinión más matizada se encuentra en H.P. Glenn, "The Common Law in Canada", *Canadian Bar Rev.*, 74, 1995, pp. 261-262.

⁴⁷ Ver W. Tetley, "Current Developments...", *loc. cit.*, p. 153, haciendo hincapié sobre las decisiones *Tolofson v. Jensen* ([1994] 3 S.C.R. 1022), *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye* (*loc. cit.*), *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)* ([1993] 1 S.C.R. 897), y *Hunt v. T & N Plc* ([1993] 4 S.C.R. 289).

⁴⁸ Ver H.P. Glenn, "Droit international privé", *La réforme du Code civil*, t. III, Sainte-Foy, Université Laval, 1993, pp. 669-800, y J.A. Talpis y J.-G. Castel, "Interprétation des règles du droit international privé", *idem*, pp. 801-933.

⁴⁹ Cf., por ejemplo, *Kardiac Productions Inc. v. Sony Music Canada Inc.* (16.6.97), Montreal, núms. 500-09-004357-976, J.E. 97-1395, [1997] A.Q. 2147 (C.A.), y G. Saumier, "Les objections à la compétence internationale des tribunaux québécois: nature et procédure", *Rev. du Barreau*, 58, 1998, pp. 145-165.

⁵⁰ Es el caso de la discusión en torno de la adopción "flexibilizada" de la regla *lex loci delicti* para la responsabilidad extracontractual en *Tolofson*. Ver los comentarios críticos de J. Swan, "Federalism and the Conflict of Laws: The Curious Position of the Supreme Court of Canada", *South*

notable cómo en el ámbito del DIPr los sistemas se han influenciado, en especial cómo el del *common law* lo ha hecho sobre el sistema civilista. Ejemplo claro de ello es que el *forum non conveniens* no sólo es aplicado ahora en casos exclusivamente vinculados con jurisdicciones de *common law* (*Tolofson y Amchem Products*), sino que también ha sido introducido en el DIPr quebequense.⁵¹

Bilingüismo

A pesar de que su evolución no ha sido pacífica, el bilingüismo canadiense es de larga data.⁵² Ya la Ley constitucional de 1867, en su art. 133, consagró la protección de los idiomas inglés y francés en los ámbitos parlamentario, legislativo y judicial, tanto en el orden federal como en Québec.⁵³ En la primera parte de la Ley constitucional de 1982 (Anexo B de la Ley sobre Canadá), parte que lleva el título de Carta canadiense de derechos y libertades, la reglamentación del bilingüismo es mucho más detallada, comprendiendo los arts. 16 a 23.⁵⁴ Allí se reconoce el carácter oficial de ambas lenguas, se les brinda protección en todos los ámbitos, y se reconoce el derecho a la instrucción en la lengua minoritaria. En 1993 se realizó una reforma constitucional del artículo 16 al 20, extendiendo a Nuevo Brunswick lo que ya estaba vigente en el orden fe-

deral, reforma que deja a las claras que la situación jurídica de la cuestión lingüística no es igual en todas las provincias ni ha reflejado siempre en ellas la simetría imperante en la esfera federal.⁵⁵ Dentro de ésta, pero descendiendo de lo constitucional a lo legislativo, debe ponerse de relieve la Ley de lenguas oficiales de 1969⁵⁶—y la correspondiente de Nuevo Brunswick de 1973—⁵⁷ que marca un antes y un después en la interpretación de la legislación federal.⁵⁸

Está de más decir que en Canadá el bilingüismo deja claramente su impronta en variadísimos aspectos relacionados con el Derecho. Desde la elaboración de las normas hasta su interpretación y aplicación, todo el *iter* normativo a menudo está salpicado de alguna u otra manera por la necesidad de tener en cuenta la equivalencia idiomática de los términos utilizados en cada ocasión. Incluso la situación se traslada a las publicaciones, cada vez más inclinadas a presentaciones bilingües.⁵⁹ No por exageración, el problema de cómo acomodar las reglas habituales de interpretación a la realidad positiva canadiense ha sido señalado como “muy intrigante y el más relevante aspecto” de la elaboración de normas jurídicas en este país.⁶⁰ Puede pensarse que tales cuestiones sólo se plantean respecto de la legislación federal. Obviamente, ese es el ámbito natural para el surgimiento de las mismas, tanto en el plano legislativo como en el judicial. Sin embargo, como muchos autores han señalado, también la marcada influencia del *common law* sobre el sistema civilista quebequés —que antes señalé respecto del DIPr— resulta un campo propicio para la producción de las mencionadas cuestiones.⁶¹ Así, pueden encontrarse nu-

Carolina L. Rev., 46, 1995, pp. 923-955, y J.-G. Castel, “Back to the Future! Is the “New” Rigid Choice of Law Rule for Interprovincial Torts Constitutionally Mandated?”, *Osgoode Hall L. Journ.*, 33, 1995, pp. 35-77, y el laudatorio de C. Walsh, “Territoriality and Choice of Law in the Supreme Court of Canada: Applications in Products Liability Claims”, *Canadian Bar Rev.*, 76, 1997, pp. 91-129. La misma regla aparece también flexibilizada en el art. 3126 CCQ.

⁵¹ Ver W. Tetley, *loc. cit.*, pp. 155 y 162-164. El art. 3135 CCQ establece que “(A)unque una autoridad de Québec tenga jurisdicción para entender en una controversia, puede excepcionalmente y a instancia de parte declinar jurisdicción si considera que las autoridades de otro país están en una situación mejor para decidir” (la traducción, como la de todas las demás normas que aparecen en este estudio, me corresponde). *Cf.*, sin embargo, H.P. Glenn, *op. cit.*, p. 744.

⁵² Un utilísimo material de consulta se contiene en los volúmenes del *Report of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism* (conocida como “Band B” Commission), Ottawa, Queen’s Printer, 1967-1970.

⁵³ Una norma de similar tenor se contiene en el art. 23 de la Ley de Manitoba de 1870.

⁵⁴ En rigor, del 16 al 22 se tratan los derechos lingüísticos y el 23 se ocupa de los derechos escolares. Ver R. Bilodeau, “La langue, l’éducation et les minorités: avant et depuis la Charte canadienne des droits et libertés”, *Manitoba L. Journ.*, 13, 1983, p. 371-380. Ver también B. Pelletier, “L’impact de la Charte canadienne des droits et libertés sur la spécificité québécoise”, en *Ordres juridiques et espaces marchands. Actes des colloques Ottawa/Nantes de 1994-1995*, Montreal, W & L (La collection bleue), 1999, pp. 86-90.

⁵⁵ Es decir que hay dos lenguas principales y dos lenguas oficiales sólo en el orden federal y en tres provincias (Québec, Nuevo Brunswick y Manitoba). Ver G.-A. Beaudoin, *op. cit.*, pp. 663-664. Ver también las decisiones de la Corte Suprema contra el unilingüismo legislativo establecido en Québec (*P.G. Québec v. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016) y en Manitoba (*P.G. Manitoba v. Forest*, [1979] 2 R.C.S. 1032). *Cf.* H. Brun y G. Tremblay, *op. cit.*, pp. 818-819.

⁵⁶ R.S.C. 1970, c. O-2. Fue reemplazada en 1988 por una ley del mismo nombre (L.R.C. 1985, c. 31 (4e. suppl.).

⁵⁷ R.S.N.B. 1973, c. O-1.

⁵⁸ Ver M. Beaupré, *Interpreting Bilingual Legislation*, 2a. ed., Toronto/Calgary/Vancouver, Carswell, 1986.

⁵⁹ Por mi parte, salvo alguna excepción, sólo reflejo en este trabajo la versión que aparece en primer lugar en las publicaciones bilingües, del mismo modo que unas veces llamo a las decisiones jurisprudenciales por su nombre inglés y otras por el francés. No se trata, en ningún caso, de falta de sensibilidad hacia una situación que comprendo y respeto perfectamente, sino simplemente de una cuestión de espacio.

⁶⁰ M. Beaupré, *op. cit.*, p. 1.

⁶¹ Ver J.-C. Gémar y V. Ho-Tuy, *Difficultés du langage du droit au Canada*, Cowansville, Y. Blais, 1990, pp. IV-VI, y L. Baudouin, “Les

merosos anglicismos en la terminología jurídica corriente de Québec⁶² con sus correlativas dificultades interpretativas.⁶³

Multiculturalismo

Canadá es un ejemplo paradigmático de país multicultural. A las poblaciones nativas se les sumaron, desde el inicio de la conquista, franceses y británicos y, a lo largo de toda su historia, el país se ha caracterizado por la afluencia masiva y diversa de inmigrantes, llegando a la situación actual en la cual más de la tercera parte de la población no es de ascendencia británica ni francesa. El alto nivel de vida, la economía próspera y el carácter en general acogedor y tolerante de su población,⁶⁴ hace de Canadá uno de los destinos preferidos de quienes, partiendo de todos los rincones del planeta, buscan un lugar mejor donde vivir y realizarse, a pesar de la crudeza y extensión del invierno. El aumento exponencial de las corrientes migratorias se constata al observar la cantidad de casos de extranjería reportados.⁶⁵ Esta situación deja ver que el rampante biculturalismo tantas veces traído y llevado por múltiples autores, muchas veces en estrecha relación con la situación bicultural y bilingüe antes reseñada,⁶⁶ no tiene por qué ser óbice para el surgimiento y desarrollo de una verdadera sociedad multicultural⁶⁷

apports du Code civil du Québec”, *Canadian Jurisprudence*, 1958, p. 71. Para este último, ya al momento de elaborarse el Código civil de Québec, en 1866, la mentalidad canadiense-francesa era “una mezcla de mentalidad francesa y británica” que restaba claridad tanto al fondo del pensamiento como a su expresión.

⁶² Ver W. Schwab, *Les anglicismes dans le droit positif québécois*, Québec, Conseil de la langue française, 1984 (Dossier du Conseil de la langue française, n° 21).

⁶³ Entre muchos otros ejemplos, piénsese, por ejemplo, en la utilización de *banqueroute* (*bankruptcy*) en lugar de *faillite* (siendo que *banqueroute* equivale en realidad a *fraudulent bankruptcy*, esto es, a un delito), o en el empleo de *considération* (*consideration*) en vez de *cause* o de otra palabra que pueda corresponder según el contexto. Cf. J.-C. Gémar y V. Ho-Tuy, *op. cit.*, pp. 36-38 y 54-55.

⁶⁴ No obstante, existen otras opiniones al respecto. Ver S.S. Anand, “Expressions of Racial Hatred and Racism in Canada: An Historical Perspective”, *Canadian Bar Rev.*, 77, 1998, pp. 181-197.

⁶⁵ Simplemente puede verse la evolución de las distintas ediciones de la más conocida recopilación de estos casos, para tener una idea muy gráfica de la cuestión. La última es: F.N. Marocco y H.M. Goslett, *The 2000-2001 Annotated Immigration Act of Canada*, Scarborough, Carswell, 2000 (por primera vez se publican dos en el mismo año).

⁶⁶ No en vano se toman la lengua y el Derecho privado como dos distintivos culturales esenciales.

⁶⁷ Según H. Brun y G. Trembley, *op. cit.*, p. 920, para la Corte Suprema hay un conflicto entre biculturalismo y multiculturalismo, de manera que

(esencialmente distinta del *melting pot* estadounidense, más basado en la integración o asimilación que en el respeto a la diversidad cultural). De hecho, en su famoso discurso en el Parlamento de 8 de octubre de 1971, el primer ministro Pierre Trudeau hizo hincapié en la dicotomía existente entre lengua e identidad cultural, afirmando que, mientras el multiculturalismo se había convertido en un objetivo para la política gubernamental, el plurilingüismo no debía ser fomentado a expensas de los derechos del inglés y del francés.⁶⁸ Esto no implica que no existan voces críticas contra ambas ideas, pero sobre todo contra la promoción del multiculturalismo.⁶⁹

La Ley Constitucional de 1982 contiene varias normas dirigidas a la protección y al desarrollo de la multiculturalidad. Dentro de la Carta canadiense de derechos y libertades, deben destacarse en especial la consagración de las libertades fundamentales (art. 2) y de las libertades de circulación y establecimiento (art. 6), el derecho a la igualdad (art. 15),⁷⁰ los ya mencionados derechos lingüísticos (arts. 16 a 23), y la preservación de los derechos y libertades de los

toda medida favorable al primero representaría un atentado contra el segundo. Algunos, como H. Brotz, “Multiculturalism in Canada: A Model”, *Can. Pub. Pol.*, 6, 1980, pp. 41-44, estiman que en realidad la diversidad cultural no existe en Canadá (“los canadienses de todos los grupos étnicos ... persiguen exactamente la misma cosa que es un modo de vida burgués”—es decir, una cultura burguesa—), y que el único problema real es el lingüístico entre Québec y el resto de Canadá.

⁶⁸ Política que se resumió en el lema “*multiculturalism within a bilingual framework*”, como había recomendado la “*B and B*” Commission. Ver M.R. Hudson, “Multiculturalism, Government Policy and Constitutional Enshrinement—A Comparative Study”, en *Multiculturalism and the Charter. A Legal Perspective* (Canadian Human Rights Foundation), Toronto/Calgary/Vancouver, Carswell, 1987 (libro fundamental para quien realmente desee comprender el sentido del multiculturalismo en Canadá), pp. 63-64.

⁶⁹ Concentradas sobre todo, pero no exclusivamente, en las opciones políticas más conservadoras, como ponen de relieve J.E. Magnet, “Multiculturalism and Collective Rights: Approaches to Section 27”, en G.-A. Beaudoin y E.P. Mendes (dirs.), *Charte canadienne des droits et libertés*, Montreal, W & L, 1996, pp. 1051-1053, y B. Pelletier, *loc. cit.*, pp. 90-95.

⁷⁰ Que prohíbe toda discriminación fundada en la raza, el origen nacional o étnico, el color, la religión (el art. 29 establece la subsistencia de los privilegios que disfrutaban las escuelas católicas y protestantes en virtud del art. 93 de la Ley Constitucional de 1867), el sexo (el art. 28 concede a la igualdad de sexos una suerte de preeminencia sobre los demás derechos de la Carta), la edad o las deficiencias mentales o físicas (inc. 1), a la vez que preserva los programas y las actividades cuyo objeto sea mejorar la situación de individuos o grupos “desfavorecidos” por tener, señaladamente, alguna de las condiciones anteriores. Ver W. Black y L. Smith, “The Equality Rights”, en G.-A. Beaudoin y E.P. Mendes (dirs.), *op. cit.*, pp. 825-899, y D.M. Beatty, “The Canadian Conception of Equality”, *U. Toronto L. Journ.*, 46, 1996, esp. pp. 349-352.

pueblos autóctonos (art. 25).⁷¹ Resulta paradójico, la única norma que utiliza el término en cuestión no es precisamente la más lograda en orden a su claridad, ni se ha revelado como la más útil a los fines declamados, al menos según la opinión de los más prestigiosos constitucionalistas del país.⁷² Se trata de la regla interpretativa del art. 27, donde puede leerse: “(T)oda interpretación de la presente carta debe ser acorde con el objetivo de promover la preservación y la valorización del patrimonio multicultural de los canadinses”.⁷³ Nótese que no se habla de “derechos multiculturales” sino de un objetivo, lo que hace que el tenor de la norma sea diferente a las del resto de los arts. 25, 28 y 29, que se refieren a la sustancia y no, como el 27, a la interpretación de los derechos garantizados en la Carta.⁷⁴ Allí radica una de las razones para que se haya mantenido una enconada discusión acerca de si el art. 27 cubre los derechos colectivos de los grupos étnicos no incluidos en la Carta, o si para éstos sólo cabe una protección individual.⁷⁵

Para lo que sí parece haber servido, al menos, el art. 27 a la Corte Suprema es para interpretar el alcance de la libertad religiosa contenida en el art. 2 (a), como se demuestra en los casos *R. vs. Big M Drug Mart*⁷⁶ y *R. c. Edward Books and Art*,⁷⁷ para declarar la cons-

titucionalidad de las normas del Código criminal acerca de la propaganda que incita al odio en el caso *R. vs. Keegstra*,⁷⁸ y para confirmar el derecho a la asistencia de un intérprete en *R. vs. Tran*.⁷⁹ A la Corte de Apelaciones de Ontario, por su parte, le ayudó para interpretar los derechos lingüísticos escolares de la minoría francesa reconocidos en el art. 23 de la Carta,⁸⁰ además también para interpretar el alcance de la libertad religiosa.⁸¹ Como se ve, el precepto ha tenido un alcance limitado⁸² y siempre ha estado acompañado de otros argumentos, lo que es lógico teniendo en cuenta su carácter de regla interpretativa.⁸³ No muy distinto es lo que puede decirse de la Ley sobre el multiculturalismo canadiense de 1988.⁸⁴ Lo notable es que, más allá (o en cierto modo al margen) de estas reglas, la multiculturalidad se va haciendo sentir en Canadá a través del juego de “principios mediadores”⁸⁵ y/u otros instrumentos específicos.⁸⁶ Los tribunales provinciales y, en especial, la Corte Suprema todavía tienen mucho que decir en este sentido.

En materia de codificación internacional

Esquema general

El perfil de la actuación exterior de un Estado y, en particular, su participación en los trabajos para la unificación del Derecho tienden a reflejar la propia confi-

⁷¹ Además, la Segunda Parte de la Ley Constitucional de 1982 (arts. 35 y 35.1) se dedica a los “derechos de los pueblos autóctonos de Canadá”. La redacción actual de estos artículos y del art. 25 de la Carta provienen de la *Proclamación de 1983* que modifica la Constitución (TR/84-102). Ver el detallado análisis de G.-A. Beaudoin, *op. cit.*, pp. 774-818. Ver también C. Bell, “New Directions in the Law of Aboriginal Rights”, *Canadian Bar Rev.*, 77, 1998, pp. 36-72, y Ö. Ülgen, “Aboriginal Title in Canada: Recognition and Reconciliation”, *Netherlands Int. L. Rev.*, 2000, pp. 146-180.

⁷² *Ibid.*, pp. 657-658, y P.W. Hogg, *Canada Act 1982 Annotated*, Toronto, Carswell, 1982, p. 72. Incluso, J.E. Magnet, *loc. cit.*, después de criticar ásperamente esta opinión de P.W. Hogg (pp. 1032-1034) termina reconociendo que el texto del art. 27 “no revela ningún principio coherente que los tribunales puedan aplicar”, ni su contenido ofrece ningún sentido “inteligible o aceptado” sobre el principio del multiculturalismo (p. 1053). *Cf.*, no obstante, W.S. Tarnopolsky, “The Equality Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms”, *Canadian Bar Rev.*, 61, 1983, pp. 262-264, G.L. Gall, “Multiculturalism and the Fundamental Freedoms: Section 27 and Section 2”, en *Multiculturalism and the Charter*, *op. cit.*, pp. 29-58, y J.M. de Dios Marcer, *loc. cit.*, pp. 45-47.

⁷³ Para otra traducción, *cf.* J.M. de Dios Marcer, *loc. cit.*, p. 45.

⁷⁴ Ver G.-A. Beaudoin, “Le multiculturalisme et les droits confessionnels et linguistique: une vue succincte”, en *Multiculturalism and the Charter*, *op. cit.*, p. 17.

⁷⁵ Ver, entre otros trabajos, el muy elocuente de E. Kallen, “Multiculturalism, Minorities, and Motherhood: A Social Scientific Critique of Section 27”, en *Multiculturalism and the Charter*, *op. cit.*, pp. 123-137.

⁷⁶ [1985] 1 R.C.S. 295, decidiendo por mayoría que la Ley sobre el día del Señor violaba la libertad religiosa.

⁷⁷ [1986] 2 R.C.S. 713.

⁷⁸ [1990] 3 R.C.S. 697.

⁷⁹ [1994] 2 R.C.S. 951, donde el juez Lamer afirmó que tal derecho “está íntimamente ligado a nuestra pretensión de ser una sociedad multicultural, expresado en parte en el art. 27 de la Carta” (la cursiva es del autor).

⁸⁰ *Re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights*, (1984) 10 D.L.R. (4th) 491. Sobre esta cuestión, ver P. Carignan, *Les garanties confessionnelles à la lumière du Renvoi relatif aux écoles séparées de l'Ontario. Un cas de primauté d'un droit collectif sur le droit individuel à l'égalité*, Montreal, Thémis, 1992.

⁸¹ *R. c. Videoflicks*, (1984) 14 D.L.R. (4th) 10, sobre la restricción de apertura comercial los domingos.

⁸² Y en ciertos casos contradictorio. Comparar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Ontario en *R. c. Videoflicks* con la de la Corte Suprema en *R. c. Edward Books and Art*, y ver H. Brun y G. Tremblay, *op. cit.*, pp. 919-920, y J.M. de Dios Marcer, *loc. cit.*, pp. 60-62.

⁸³ Ver C.F. Beckton, “Section 27 and Section 15 of the Charter”, en *Multiculturalism and the Charter*, *op. cit.*, pp. 1-13 (“los arts. 15 y 27 deben ser leídos juntos”).

⁸⁴ S.C. 1988, c. 32.

⁸⁵ Indispensables para la puesta en práctica del art. 27, como la no discriminación, la etnicidad simbólica y la etnicidad estructural, en palabras de J.E. Magnet, *loc. cit.*, pp. 1055-1066.

⁸⁶ Como muy bien explica J.M. de Dios Marcer, *loc. cit.*, pp. 66-74, refiriéndose especialmente al “acomodo razonable” (siguiendo a M. Lagassé y J. Woehrling).

guración de aquél. En tal sentido puede afirmarse sin ambages que todas las características mencionadas en el epígrafe anterior expanden sus efectos, de alguna u otra manera, en las diversas etapas de cualquiera de los procesos de codificación internacional en los que interviene Canadá. Tal situación, como se verá, puede tener consecuencias negativas y positivas, las cuales pueden variar según las circunstancias, los intereses y el contexto. Pero, sobre todas las cosas, lo que más suele influir en dicha valoración de las consecuencias es la perspectiva de análisis, es decir, la posición que el opinante tenga respecto a las relaciones provincias-federación, extremo sobre el cual es muy difícil mantenerse neutral para un observador canadiense.

Desde la neutralidad (que nunca es tal) que otorga el carácter de observador foráneo, parece claro que la tensión interna en un Estado provoca algunas veces la pérdida de las referencias exteriores, ya que se está demasiado preocupado —con bastante lógica— en ver cómo se resuelven los grandes problemas nacionales. Piénsese por ejemplo que toda la bibliografía generada por la búsqueda del sentido del recién tratado art. 27 de la Carta canadiense de derechos y libertades, no puede esconder que hoy en día, a pesar de las muy específicas características que un país puede detentar, las cuestiones atinentes a los Derechos Humanos tienen una importancia universal y sus reglas se van moviendo cada vez más en ese plano.⁸⁷ Por ello, la pretensión de interpretar las cuestiones vinculadas con el juego de dicha norma desde una óptica canadiense peca por defecto. No es, como puede suceder en otros países, que lo extranjero despierta poco interés; lo que sucede es que el árbol (a veces una gran sequoia) de las cuestiones internas a menudo impide apreciar el variadísimo bosque exterior. En el ejemplo mencionado, el alcance del defecto es todavía más chocante, ya que la normativa internacional relativa a los Derechos Humanos también es, normativa de Canadá.⁸⁸

⁸⁷ Ver M.R. Hudson, *loc. cit.*, pp. 116-122 (“aunque el art. 27 sea único en el mundo, la política multicultural de Canadá no lo es”), y E. Kallen, *loc. cit.*, pp. 127-130.

⁸⁸ Es decir que sus preceptos deben dar bastante más que las “directivas morales para una correcta interpretación del art. 27”, a las que se refiere E. Kallen, *loc. cit.*, p. 128, sin que eso signifique desconocer el camino en cierto modo indirecto que deben recorrer las normas de Derecho internacional en algunos Estados (dualistas) para hacerse plenamente exigibles. Ver, para el caso canadiense, A.E. Gotlieb, *Canadian Treaty-Making*, Toronto, Butterworths, 1968, p. 18, y P.W. Hogg, *op. cit.*, 11.4. Ver, sin embargo, N. Martel, “Le recours aux traités relatifs aux droits et libertés de la personne aux fins d’interprétation de la législation québécoise: la jurisprudence relative à la Charte de la langue française”,

En otro orden de cosas, puede considerarse en principio como un dato negativo que los esfuerzos realizados en el ámbito de la codificación internacional no hayan podido siempre rendir sus frutos, o hayan debido hacerlo tardíamente, por las dificultades que supone la estructura federal del Estado.⁸⁹ De las varias razones que se relatan, la más importante radica en la dicotomía que enseña a explicar entre ejercicio de la competencia para participar en la elaboración de los convenios internacionales y para ratificarlos por parte del gobierno federal, y la relativa a la puesta en práctica posterior de los mismos por parte de las provincias cuando la materia regulada cae dentro del ámbito de competencias reservadas a éstas. De este modo se explica lo que ha pasado con textos tan importantes como los de las Naciones Unidas relativos a la protección de los Derechos Humanos, o con instrumentos que se han revelado como de gran utilidad como el Convenio de las Naciones Unidas sobre ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 1958, para cuyas incorporaciones “totales” al complejo ordenamiento canadiense, hubo de esperarse muchos años a pesar de que, según se relata, existía un generalizado interés en que dichas incorporaciones se produjesen.⁹⁰ Otras veces, el problema parece haberse traducido en la falta de decisión para adquirir el estatus de miembro de algunos organismos codificadores, como es el caso de la

Rev. québécoise dr. int., V, 1988, pp. 217-271 (propugnando una interpretación localista de ciertos derechos fundamentales, en una extensa matización que parece confundir o dar el mismo (escaso) valor al Derecho internacional y al Derecho comparado). Muy distinta es la apreciación de A.-F. Bisson, “La Disposition préliminaire du Code civil du Québec”, *McGill L. Journ.*, 44, 1999, pp. 556-557.

⁸⁹ Ver, por ejemplo, G.-A. Beaudoin, “Difficultés constitutionnelles d’une adhésion du Canada à la Convention de Vienne”, en N. Lacasse y L. Perret (dirs.), *Actes du Colloque sur la vente internationale*, Montreal, W & L, 1989, pp. 173-180.

⁹⁰ Ver J.S. Ziegel, “Treaty Making and Implementing Powers in Canada: The Continuing Dilemma”, *Contemporary Problems of International Law: Essays in Honour of Georg Schwarzenberger*, Toronto, Sweet & Maxwell, 1988, pp. 340-341, y las referencias de A.E. Gotlieb, *op. cit.*, pp. 80-81, y de I. Bernier, *International Legal Aspects of Federalism*, Londres, Longman, 1973, pp. 155. Por ejemplo, Canadá debió abstenerse de votar una resolución de la ONU en la cual se recomendaba a los Estados miembros el fomento de la enseñanza de la Carta y otras cuestiones relativas a dicha organización en las escuelas e instituciones de educación superior, por entender que se trataba de una responsabilidad provincial. Ver también J.E.C. Brierley, “International Trade Arbitration: The Canadian Viewpoint”, en R.St.J. MacDonald, G.L. Morris y D.M. Johnston (eds.), *Canadian Perspectives on International Law and Organization*, Toronto, University of Toronto Press, 1974, p. 835, J.-G. Castel, “Canada and International Arbitration”, *Arb. Journ.*, 36, 1981, pp. 9-10, y Ch. Verdon, *loc. cit.*, pp. 20, n. 38, y 32-33 (y la cita a J.L. Friesen, “The Distribution of Treaty-Implementing Powers

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y del UNIDROIT.⁹¹

A diferencia del carácter siempre parcial y limitado (además de relativo) de las que pueden entenderse como consecuencias negativas de la singularidad canadiense respecto de la codificación internacional, las consecuencias positivas tienen un gran alcance y con justicia son reconocidas y apreciadas en todos los foros codificadores. En primer lugar, resulta notorio que si de lo que se trata en el seno de los organismos que se encargan de la codificación internacional del DIPr y del DCOMI es, en buena medida, de conciliar soluciones provenientes de distintos sistemas jurídicos, qué duda cabe que los canadienses tienen una singular experiencia en ello.⁹² En concreto, dicha experiencia es tan demostrable como útil cuando la tarea abordada por la organización internacional consiste en la elaboración de leyes modelo, en tanto técnica habitual de armonización legislativa en el seno de Canadá. Tampoco debe olvidarse que el “activismo federalista” canadiense sirve también a los intereses de otros países que, sin ser tan perseverantes en algunos aspectos, comparten con Canadá algunas características vinculadas con la descentralización del poder legislativo, y aprovechan los mecanismos introducidos en los convenios internacionales a instancias de los representantes canadienses. Ejemplo típico de ello es el de la cláusula federal a la que me referiré dentro de un momento.

El reparto de las competencias para celebrar tratados y para ponerlos en práctica, entre el gobierno cen-

tral y las entidades federadas, es una cuestión tan común como problemática en los países de estructura federal. Canadá no es una excepción al respecto y, otra vez, la “solución” dada la cuestión tiene mucho que ver con la historia de este país. La única disposición de la Ley constitucional de 1867 que se refiere al tema es el art. 132. Allí se establece que “(E)l Parlamento y el Gobierno de Canadá tendrán todos los poderes necesarios para cumplir respecto de los países extranjeros las obligaciones de Canadá o de cualquiera de sus provincias, como parte del Imperio Británico, provenientes de tratados concluidos entre el Imperio y tales países extranjeros”.⁹³

Esta norma, que otorga a la esfera federal —como se ve—⁹⁴ un poder total para la puesta en práctica de los tratados del Imperio, encuentra plena justificación en la época en la que fue escrita⁹⁵ y no planteó mayores problemas de comprensión durante bastantes años, ya que parecía acomodarse de forma perfecta con el entendimiento de que, si bien el “Dominio de Canadá” había adquirido autonomía interna, las atribuciones relativas a las relaciones internacionales seguían correspondiendo al gobierno británico. En general, además, los tratados en cuestión —los de fines del siglo XIX y principios del siglo XX— versaban sobre cuestiones que no caían en el ámbito propio de las competencias provinciales.⁹⁶ Incluso, cuando en algún caso parecía que podían entrar allí, como sucedió con el Tratado comercial con el Japón que concedía a los japoneses el trato de nación más favorecida en el ejercicio de su

in *Constitutional Federations: Thoughts on the American and Canadian Models*, *Columbia L. Rev.*, 1994, p. 1436).

⁹¹ Es lo que afirma J.S. Ziegel, *loc. cit.*, extendiendo tal explicación “parcialmente” a la demora en buscar ser miembro de la UNCITRAL. Sin embargo, según J.-G. Castel, “Canada and the Hague Conference on Private International Law: 1893-1967”, *Canadian Bar Rev.*, 45, 1967, pp. 31-32, cuando en 1955 el gobierno holandés se aproximó al canadiense para preguntarle si estaría interesado en convertirse en miembro de la Conferencia de La Haya, la respuesta fue que ya había consultado a la *Canadian Bar Association* sobre el particular y que ésta “no había expresado ningún interés particular en la obra de la Conferencia”. Lo que sí dice Castel es que el gobierno de Canadá “que no era libre para participar” en la siguiente Sesión de la Conferencia (la Octava), ni siquiera enviando una delegación observadora, ya que los temas a tratar caían fuera del ámbito de las competencias federales. Con respecto a la UNCITRAL, debe decirse que, en realidad, considerando que el carácter de miembro (uno de los 36) se adquiere en virtud de una elección realizada por la Asamblea General y por un período de seis años, respetando una proporción por regiones geográficas, sistemas económicos y familias jurídicas, una vez que Canadá manifestó su interés en formar parte de la misma, fue elegido en la primera oportunidad (actuando como miembro en el periodo 1989-1995). Ver *infra*, III.2.B).

⁹² Ver J.-G. Castel, “Canada and the Hague Conference...”, *loc. cit.*, p. 3.

⁹³ J.S. Ziegel, *loc. cit.*, p. 335, dice que también el art. 9 de la Ley constitucional de 1867 “posiblemente”, “como máximo por inferencia y ciertamente más controvertido en carácter” se refiera a la competencia para celebrar tratados. Tal norma establece que el gobierno ejecutivo y el poder de y sobre Canadá continúan estando atribuidos a la Reina. Y como en el sistema de *common law* la competencia para concluir tratados es una de las prerrogativas de las que disfruta la Corona, el art. 9 podría sugerir —siempre según dicho autor— que en el Derecho canadiense también la Corona fue investida, “y acaso exclusivamente investida”, con el mismo poder.

⁹⁴ A.E. Gotlieb, *op. cit.*, p. 4, y G.-A. Beaudoin, *op. cit.*, p. 875, explican, en referencia del art. 132, que la competencia para hacer y concluir los tratados debe entenderse hecha al poder ejecutivo y no al legislativo. Ver, en el mismo sentido, la opinión del Juez McIntyre en *S.D.G.M.R. v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, *concr.* p. 598.

⁹⁵ Ver P.W. Hogg, *op. cit.*, 11.2., y R. Dehousse, *Fédéralisme et relations internationales*, Bruselas, Bruylant, 1991, p. 34, para quien “en un mundo en el cual las relaciones interestatales salían raramente del ámbito de la alta política, permitir a Ottawa aplicar los tratados concluidos por Londres presentaba no pocas ventajas”.

⁹⁶ Existe la idea de considerar que “en principio” la competencia para las cuestiones de Derecho privado corresponde a las provincias, a pesar de las tan variadas como expresas atribuciones federales en la materia. Ver H. Brun y G. Tremblay, *op. cit.*, pp. 483-485.

profesión, no hubo problemas para juzgar inválida la Ley de la Columbia Británica que impedía el trabajo de chinos y japoneses por considerarla incompatible con la Ley federal de puesta en práctica de dicho Tratado.⁹⁷

El Tratado del Fletán con los Estados Unidos (1923)⁹⁸ fue el primer tratado negociado y firmado exclusivamente por Canadá, sin el concurso paralelo de Gran Bretaña.⁹⁹ Sin embargo, ya antes había tenido cierta actuación internacional de relevancia al permitírsele participar de la negociación y de la firma del Tratado de Versalles (1919) —en una suerte de reconocimiento de su contribución a la victoria aliada en la Primera Guerra Mundial (en la cual había quedado metida desde el mismo momento en que el Reino Unido declaró la guerra a Alemania)—, así como tomar parte de algunos organismos internacionales como la Sociedad de Naciones y la Organización Internacional del Trabajo.¹⁰⁰ En aquél mismo año 1923, la Conferencia Imperial formalizó y generalizó la “liberalización” de la política imperial relativa la participación en tratados internacionales, reconociendo de manera implícita el derecho de cada dominio de negociar individualmente los tratados que le conciernan, declarando asimismo que los acuerdos bilaterales serían firmados sólo por los gobiernos implicados en los mismos, a quienes corresponde también su eventual ratificación.¹⁰¹ Todas estas cuestiones fueron confirmadas y, en algún caso, completadas en el seno de la Conferencia Imperial de 1926, mismo año en que Canadá envía un embajador a Washington.

Sin embargo, la trascendencia de esta última Conferencia se centra en el documento elaborado por un comité creado en esa oportunidad para el estudio de las relaciones dentro del Imperio Británico. Se trata de la célebre Declaración Balfour, que establece, que dentro del imperio existen colectividades autónomas e iguales que de ningún modo están subordinadas unas a otras, sino que están unidas por un vínculo común a la misma Corona y asociadas como miembros

de la Comunidad Británica de Naciones. Al mismo tiempo se equipara la situación del gobernador general en lo que se refiere a la administración y a los asuntos públicos en cada dominio a la que el rey (o la reina) tienen en Gran Bretaña¹⁰². Para conferir formalidad y verdadero alcance jurídico a lo que no pasaba de ser un documento sin valor legislativo, fue que se aprobó, el Estatuto de Westminster en 1931, instrumento por el cual se aseguró “la plenitud de la competencia legislativa de los Dominios”¹⁰³ y que en 1967 sería reconocido por la Corte Suprema como el acto de confirmación de la independencia canadiense adquirida mediante todos los actos que acabo de reseñar.¹⁰⁴

En ese marco, el art. 132 de la Ley constitucional de 1867 no tenía, como dije, mayores dificultades en su interpretación y aplicación. La idea central se basaba en el reconocimiento de que al poder federal le asistía, en la medida en que fuera necesario, la atribución de poner en práctica los tratados concluidos por el gobierno canadiense, trasladando a la nueva situación creada (o confirmada) con el Estatuto de Westminster, el esquema que era válido en el orden metropolitano; esto es, la Corona concluye los tratados, el Parlamento los pone en práctica. El propio Consejo Privado dio muestras de entenderlo así en los casos *Aeronautics* y *Radio*.¹⁰⁵ En efecto, en el primero de ellos,¹⁰⁶ determinó la validez de la ley federal que ponía en práctica el Convenio de París de 1919 sobre navegación aérea, firmado por Gran Bretaña en nombre del imperio, teniendo en cuenta que dicha legislación se refería a “materias de interés e importancia nacional”; en el segundo,¹⁰⁷ se decidió en el mismo sentido respecto de la ley que ponía en práctica un Convenio de 1927 sobre comunicaciones internacionales por radio y telégrafo y su reglamentación adjunta, celebrado esta vez directamente por Canadá, aduciendo que si este país en su conjunto es quien aparece frente a las otras potencias como encargado de aplicar sus preceptos y quien debe

⁹⁷ *A.-G. of British Columbia v. A.-G. of Canada* [1923] A.C. 384. Ver G. Piotrowski, “La structure fédérative de l'État dans la Jurisprudence canadienne en matière de Droit international public”, *Journ. dr. int.*, 1956, pp. 830-832.

⁹⁸ Northern Pacific Halibut Fishery Protection Act, 13-14 Geo. V. 1923, ch. 61.

⁹⁹ Ver G. Piotrowski, *loc. cit.*, pp. 824-826 y la bibliografía citada en nota 1.

¹⁰⁰ Ver. H. Brun y G. Tremblay, *op. cit.*, pp. 80-81.

¹⁰¹ Si más de una parte del Imperio estaba vinculada con el Tratado, la ratificación exigía una consulta previa. *Ibid.*, pp. 81-82.

¹⁰² *Ibid.*, pp. 82-84.

¹⁰³ *Ibid.*, pp. 85-86, y G.-A. Beaudoin, *op. cit.*, p. 876.

¹⁰⁴ Ver ya M. Ollivier, *Le Canada, pays souverain? Le Statut de Westminster*, Montreal, Albert Lévesque, 1935. Ver también G.V. La Forest, “May the Provinces Legislate in Violation of International Law?”, *Canadian Bar Rev.*, 39, 1961, pp. 78 ss.

¹⁰⁵ Ver J.B. Ziegel, *loc. cit.*, p. 336.

¹⁰⁶ *Re The Regulation and Control of Aeronautics in Canada*, [1932] A.C. 54.

¹⁰⁷ *Re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304.

hacerlas cumplir a los particulares dentro del país, debería ser Canadá quien elabore la ley a tal fin.¹⁰⁸

Así estaban las cosas cuando un cambio de miembros en el Consejo Privado derivó, poco tiempo más tarde (en 1937), en un profundo cambio de su jurisprudencia sobre el tema, en un caso relativo a tres convenios laborales elaborados en el seno de la OIT y ratificados por Canadá,¹⁰⁹ al considerarse que la materia objeto de los mismos caía en la esfera de atribuciones reconocidas por la constitución a las provincias y que, por lo tanto, el Parlamento no podía ser quien pusiera en práctica tales convenios —como ya había hecho—. Sin sombra de duda se trata de la decisión más controvertida del Consejo Privado en esta materia, tan vituperada de una parte, como celebrada de otra;¹¹⁰ hasta tal punto problemática que uno de sus propios miembros puso en duda la razonabilidad de la decisión,¹¹¹ mientras que —desde la perspectiva opuesta— uno de los jueces de la Corte Suprema, en la instancia previa, se había referido al riesgo de que el Parlamento y el gobierno canadienses se apropiaran de competencias provinciales mediante el simple expediente de ratificar tratados.¹¹² Para J.S. Ziegel,¹¹³ varios datos confluyeron para hacer posible el cambio jurisprudencial: el hecho de que, a diferencia de *Aeronautics y Radio*, la materia en cuestión cayera en el ámbito del art. 92 (13); la división por mitades de los jueces de la Corte al decidir el caso; y el hecho de que el caso estuviera dentro de un paquete de seis, todos ellos relacionados con la política de *New Deal* lanzada por el gobierno federal,

¹⁰⁸ Tal es la opinión de Lord Dunedin, quien, pese a reconocer que el Convenio en cuestión no cae dentro del ámbito del 132, señala que “se refiere a la misma cosa”. Para J.S. Ziegel, *loc. cit.*, p. 336, dicha afirmación debería interpretarse entendiendo que lo que aparentemente querían los redactores de la Ley constitucional de 1867 era que el Parlamento federal fuera capaz de ejercer las competencias para poner en práctica los tratados como un aspecto de sus competencias residuales contempladas en el art. 91.

¹⁰⁹ *A.G. Canada v. A.G. Ontario*, [1937] A.C. 326.

¹¹⁰ Ver, E. McWhinney, “Canadian Federalism, and the Foreign Affairs and Treaty Power. The Impact of Quebec’s “Quiet Revolution””, VII, 1969, pp. 3-5, donde se refiere al Consejo Privado como la “bestia negra favorita de los profesores anglocanadienses de Derecho”, a raíz de la decisión de aquél en este caso. Ver también el “monográfico” de la *Canadian Bar Rev.*, 15, 1937, y G.V. La Forest, “The Labour Conventions Case Revisited”, *Canadian Yearbook of Int. L.*, XII, 1974, p. 137.

¹¹¹ Ver B.J. Mac Kinnon, “Labour Conventions Case: Lord Wright’s Undisclosed Dissent?”, *Canadian Bar Rev.*, 34, 1956, pp. 116-117, E. McWhinney., *loc. cit.*, p. 4, y P.W. Hogg, *op. cit.*, 11.5.

¹¹² [1936] S.C.R. 461, esp. pp. 520-521. El desarrollo de la idea se encuentra también en J.-Y. Morin, “La conclusion d’accords internationaux par les provinces canadiennes a la lumière du droit comparé”, *Canadian Yearbook of Int. L.*, 3, 1965, pp. 128-129.

¹¹³ *Loc. cit.*, pp. 337.

la mayoría de ellos decididos en contra de las pretensiones de éste.¹¹⁴ Más allá de la relación causa-efecto de estos datos, lo cierto es que la doctrina se ha mantenido, de modo tal que la materia a la cual se refiere cada convenio internacional determina directamente quién tiene la atribución de ponerlo en práctica.¹¹⁵

El papel de las provincias

Podría pensarse que si la soberanía externa no pertenece más que al poder federal, como lo ha determinado ya la Corte Suprema,¹¹⁶ el papel reservado en ese ámbito a las provincias tendría que ser en principio nulo. Pero he aquí que el peso de la historia, al provocar la situación reseñada más arriba, hace que la cuestión no aparezca tan clara ni se defina en unos términos tan tajantes. Sobre todo, cuando a partir de la “Revolución tranquila” de los años 60, las autoridades de la provincia de Québec comenzaron a plantear que existiendo competencias compartidas en orden a la puesta en práctica de los tratados, dicho reparto debía trasladarse a la conclusión de los mismos;¹¹⁷ la reivindicación iba acompañada con otra paralela, relativa a la participación de la provincia en organizaciones internacionales.¹¹⁸ El caso de los *convenios laborales* —pero en la instancia previa a la apelación ante el Consejo Privado, es decir, en la que se dilucidó ante la Corte Suprema— fue el origen del planteamiento retomado un cuarto de siglo después, según el cual en las materias cuya competencia viene atribuida a las provincias, a éstas debe corresponder no sólo la puesta en práctica de los convenios internacionales sino también la negociación y conclusión de los mismos. El argumento fue rechazado por

¹¹⁴ Esta última causa se subraya en R.H. Mankiewicz, “L’interprétation judiciaire de la Constitution canadienne et l’autonomie des provinces dans le domaine du droit social”, *Rev. int. dr. comp.*, 1959, p. 545.

¹¹⁵ Es lo que se conoce como la “teoría de los compartimentos estancos”. Ver R. Dehousse, *op. cit.*, pp. 36-38.

¹¹⁶ Cf., entre otros casos, *Renvoi sur le repatriement de la Constitution* (*loc. cit.*), *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve (Hibernia)* ([1984] 1 R.C.S. 86) y *Renvoi relatif à la sécession du Québec* ([1998] 2 R.C.S. 217).

¹¹⁷ Ver la esmerada argumentación (a favor, con particulares referencias a la reglamentación de otros países federales) de J.-Y. Morin, *loc. cit.*, pp. 127-186, y la amarga queja (en contra) de G.L. Morris, “The Treaty-Making Power: A Canadian Dilemma”, 45, 1967, p. 479: “desafortunadamente, quienes no tienen ningún entusiasmo por tal desarrollo (...) han escrito sorprendentemente poco sobre el tema”.

¹¹⁸ La trascendencia alcanzada por la cuestión en aquel momento se ve claramente en L. Sabourin, “La participation des provinces canadiennes aux organisations internationales”, *Canadian Yearbook of Int. L.*, III, 1965, pp. 73-99.

cuatro de los seis jueces de la Corte y, al ser planteado en la apelación, el Consejo Privado dio la callada por respuesta.¹¹⁹ A partir de allí, las cosas no han cambiado demasiado, en el sentido de que la idea relativa a las atribuciones de las provincias para concluir tratados internacionales no ha podido ganar hasta ahora una aceptación amplia en Canadá, fue rechazada a nivel federal.¹²⁰ Idéntica respuesta ha recibido desde un primer momento la pretensión de Québec de tomar parte de modo independiente en organizaciones internacionales.¹²¹

Para el gobierno federal, en efecto, todos los argumentos han sido pocos e insuficientes para lograr mermar lo que siempre ha considerado una atribución exclusiva, tanto por razones jurídicas como políticas. En la misma línea, se ha buscado sacar la discusión del ámbito del art. 132 identificando otras raíces históricas. Así, se ha señalado¹²² que el poder de Canadá para realizar los tratados no puede fundarse en el art. 132, que es una norma que forma parte de un texto hecho cuando no se preveía que llegaría a ser un Estado independiente, sino en el documento (*Letters Patent de 1947*) por el cual Rey (o la Reina) delegó las competencias sobre asuntos extranjeros al gobernador general de Canadá, autorizándole a ejercer todas las competencias y la autoridad legalmente pertenecientes a él (o a ella) respecto de Canadá. Para Québec, la Corona no tiene derecho alguno a efectuar tal transferencia fuera de lo dispuesto en el texto constitucional y en la distribución que éste realiza no hay ninguna referencia expresa al poder para celebrar tratados.¹²³ De hecho,

¹¹⁹ Ese silencio intencional fue lo que provocó "la resurrección" del debate, según J.S. Ziegel, *loc. cit.*, p. 338. Ver, sin embargo, Jacomy-Millette, *L' introduction et l' application des traités internationaux au Canada*, París, LGDJ, 1971, pp. 83-90.

¹²⁰ Pueden consultarse dos "white papers" en la materia: *Federalism and International Relations*, (Hon. P. Martin, Ottawa, 1968), y *Federalism and International Conferences on Education. A Supplement to Federalism and International Relations* (Hon. M. Sharp, Ottawa, 1968). Cf. E. McWhinney, *loc. cit.*, pp. 6-7, y P.W. Hogg, *op. cit.*, 11.6.

¹²¹ Ver, no obstante, los matices y las predicciones de L. Sabourin, *loc. cit.*, pp. 98-99.

¹²² Ver P.W. Hogg, *op. cit.*, 11.2. Ver también J.-Y. Grenon, "De la conclusion des traités et de leur mise en oeuvre au Canada", *Canadian Bar Rev.*, 40, 1962, pp. 152-153.

¹²³ En sentido opuesto se citan algunas decisiones del Consejo Privado en las cuales se hace referencia a que las atribuciones ejecutivas de las provincias se corresponden con sus atribuciones legislativas. Se trata de *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. The Receiver-General of New Brunswick* ([1892] A.C. 437), *Bonanza Creek Gold Mining Co. v. The King* ([1916] 1 A.C. 566), y *In re The Initiative and Referendum Act* ([1919] A.C. 935). Cf. J.S. Ziegel, *loc. cit.*, pp. 352-353, y G.-A. Beaudoin, *op. cit.*, p. 879.

Québec (y, en menor medida, otras provincias) ha concluido numerosos acuerdos internacionales¹²⁴ efectivos, ya sea con Estados extranjeros, con Estados miembros de otros Estados federales, con entes públicos autónomos o con organismos internacionales, siempre dentro de su esfera material de atribuciones y sin ningún tipo de control previo del gobierno federal.¹²⁵ Pero este dato irrefutable de la realidad es "relativizado" desde la perspectiva federal, calificando dichos acuerdos como "no vinculantes en Derecho internacional" y, por lo tanto, no relacionados con la competencia para concluir tratados.¹²⁶ Sirva apuntar que en algunos ámbitos de cooperación cultural y técnica internacional a Québec y a Nuevo Brunswick se les ha reconocido carácter de "Gobierno participante".¹²⁷

Puede decirse que existe una idea recurrente respecto de que, en más de una oportunidad, la distribución de las competencias entre el parlamento y las legislaturas provinciales ha provocado que el gobierno federal, a la hora de participar de la elaboración de tratados internacionales, haya parecido estar más interesado en tomar en consideración los intereses provinciales que los propios objetivos del tratado.¹²⁸ Sin embargo, sin menospreciar para nada los ya aludidos inconvenientes, es preciso hacer hincapié en la existencia de mecanismos para paliar los efectos negativos que en determinados casos crean las divergencias características de las peculiaridades canadienses. En tal contexto, debe mencionarse a la Conferencia para la unificación de las leyes (*Conférence pour l'harmonisation des lois/Uniform Law Conference*) de Canadá, cuyo origen se remonta a 1919 a raíz de una recomendación realizada por la Asociación Canadiense de Abogados (*Association du Barreau Canadien/Canadian Bar Association*), y que tiene por objetivo promover la armonización de las normas vigentes en las provincias entre

¹²⁴ Más de 200. Ver G.-A. Beaudoin, *op. cit.*, p. 880.

¹²⁵ Ver G.F. Fitzgerald, "Educational and Cultural Agreements and Ententes: France, Canada, and Quebec - Birth of New Treaty-Making Technique for Federal States", *Am. Journ. Int. L.*, 60, 1966, pp. 529-531, E. McWhinney, *loc. cit.*, pp. 10-17, y J. Woehrling, "Les relations internationales des provinces canadiennes, le Québec en particulier", *Études canadiennes*, 33, 1992, pp. 91-112.

¹²⁶ Ver P.W. Hogg, *op. cit.*, 11.6, y J. Woehrling, *loc. cit.*, pp. 102-104.

¹²⁷ Ver G.-A. Beaudoin, *op. cit.*, p. 882.

¹²⁸ Como expresa J.S. Ziegel, *loc. cit.*, p. 341, "demasiado a menudo, parece que la doctrina de los Convenios laborales se ha convertido en una excusa para la inacción más que un toque de clarín para una vigorosa cooperación federal-provincial". Ver también I. Bernier, *op. cit.*, pp. 152-158. Hasta el propio J.-Y. Morin, *loc. cit.*, p. 137, llega a reconocer los serios inconvenientes causados por dicha doctrina.

sí y con las normas federales. La Conferencia está conformada por profesores, abogados, miembros de organismos que se ocupan de la reforma del Derecho y funcionarios del Ministerio de Justicia Federal y de los equivalentes provinciales, y se encarga de elaborar leyes uniformes cuya adopción se propone a las provincias, las cuales no están obligadas a ello y que, en caso de incorporarlas a sus respectivos ordenamientos, pueden hacerlo tal cual salen de la Conferencia o introduciendo modificaciones.¹²⁹ Su papel se ha convertido en esencial en el ámbito del DIPr.¹³⁰

Más cercano aún al tema tratado en este trabajo es el Grupo consultivo de DIPr (*Groupe consultatif sur le droit international privé/Advisory Group on Private International Law*), creado en 1973, que cuenta con la participación de cinco representantes provinciales (uno por las provincias del Atlántico, uno por las provincias de la llanura, uno por la Columbia Británica, uno por Ontario y uno por Québec), representantes de los Ministerios Federales de Justicia y de Asuntos Exteriores y Comercio Internacional, y un delegado de la Sección de Derecho Internacional de la Asociación Canadiense de Abogados representando al sector privado en calidad de observador.¹³¹ La tarea esencial del Grupo es brindar asesoramiento al Ministerio de Justicia respecto de los aspectos provinciales de los proyectos de DIPr en cuya elaboración Canadá está participando.

Visto lo visto, cabe afirmar que si de un lado existe la queja de que la influencia de la doctrina del caso de los *convenios laborales* ha hecho que la política exterior del gobierno pierda coherencia y consistencia, y que lo ha atado a la pesada tarea de buscar la aprobación de cada una de las provincias (y de conseguir un

número significativo de ellas) para poder actuar respecto de un gran número de materias,¹³² no es menos cierto que la comunicación entre una y otras funciona razonablemente bien. Asimismo, la participación de delegados de las provincias en las representaciones canadienses que toman parte de las organizaciones encargadas de codificar materias correspondientes a la competencia provincial o a competencias compartidas con el Estado, se ha convertido en una práctica común, extensible a la generalidad de la actuación canadiense en asuntos que puedan afectar a las provincias.¹³³ En mi opinión, se trata de un trabajo bien coordinado, aún cuando no se puedan obviar las dificultades para recabar la aceptación de parte de todas las provincias en cada caso. El método no se caracteriza por su agilidad ni por la brillantez de los resultados (más adelante se relata el estado más bien escuálido del cuadro de convenios internacionales vigentes en Canadá), pero hay que reconocer que el pesimismo existente en algunos cuando empezó la andadura internacional de Canadá,¹³⁴ hace ahora más de 30 años, ha quedado bastante desvirtuado.

La cláusula federal

El gobierno federal siempre consulta con las provincias antes de asumir obligaciones convencionales que, por la materia a la que se refieren, requerirán posterior puesta en práctica por parte de las últimas. Si todas las provincias (o las que estén relacionadas con el concreto asunto que se trata) están de acuerdo en aceptar el contenido del tratado, Canadá puede, en principio, acceder al mismo sin hacer reservas ni declaraciones.¹³⁵

¹²⁹ Cf. Ch. Verdon, *loc. cit.*, p. 12. La información actualizada sobre las actividades de la Conferencia se encuentra en el sitio www.law.ualberta.ca/alri/ulc

¹³⁰ Lo mismo puede decirse del Comité sobre la justicia civil (*Civil Justice Committee/Comité sur la justice civile*), creado a finales de los años ochenta para asistir en la preparación de las reuniones de los encargados de justicia en los distintos ámbitos (federal, provincial y territorial), cuya actividad se ha convertido en imprescindible en relación con la adopción y puesta en práctica de la legislación recomendada por la Conferencia en materia de DIPr. Cf. *Activities and Priorities of the Department of Justice in Private International Law. Report to the Uniform Law Conference of Canada/Activités et priorités du Ministère de la Justice en droit international privé. Rapport à la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada*, agosto 2000, pp. 4-5 (citado de aquí en más como *Activities*).

¹³¹ En *Activities*, p. 5, se mencionan además otros contactos con el sector privado, como los realizados con la Asociación de Exportadores Canadienses o con el Instituto de Árbitros, o la organización de seminarios y la participación en actividades académicas.

¹³² Ver J.S. Ziegel, *loc. cit.*, p. 339. Para este autor, descartadas las hipótesis de reforma constitucional y de modificación de la jurisprudencia de la Corte Suprema, las soluciones pasan por tirar de las competencias residuales (*p.o.g.g. power*) o del *trade and commerce power* del art. 91.2, o bien por crear una comisión permanente federal-provincial en materia de asuntos exteriores (pp. 347-350).

¹³³ Extremo reclamado muchas veces, como puede verse, entre otros tantos trabajos, en P. Ratelle, "La capacité de représentation du Québec dans les institutions internationales", *Rev. québécoise dr. int.*, V, 1988, p. 169-215, y V. Loungnarath, "La participation des provinces canadiennes et en particulier du Québec à la négociation de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis", *Rev. québécoise dr. int.*, IV, 1987, esp. pp. 9-10. Los miembros de una misma delegación canadiense se expresan indistintamente en inglés y francés en los foros donde ambos idiomas son tomados como lenguas de trabajo.

¹³⁴ Ver G.L. Morris, *loc. cit.*, pp. 503-512. Con otra proyección, G.V. La Forest, "The Labour Conventions...", *loc. cit.*, pp. 147-150, y McWhinney, *loc. cit.*, p. 27 (abogando por un federalismo cooperativo, no competitivo).

¹³⁵ Ver P.W. Hogg, *op. cit.*, 11.5, y A.E. Gotlieb, *op. cit.*, pp. 77-78.

Para los casos en los cuales no hay acuerdo, el gobierno puede de todos modos incorporarse al tratado (firmar, ratificar, adherir) si éste incluye una cláusula federal, fórmula que permite a un Estado, en el cual conviven varios ordenamientos jurídicos diferentes, declarar que limita el alcance de dicho tratado a uno o más de esos ordenamientos, declaración cuyo contenido puede variarse; el mecanismo es conocido de antaño, aunque su enunciado concreto haya conocido objetivos y textos distintos.¹³⁶ La fórmula tal como le interesa a Canadá en razón de su esquema competencial es la que se introdujo, en virtud de la propuesta de su delegación y la norteamericana, en el Convenio de La Haya sobre ley aplicable a la responsabilidad por los productos de 2 de octubre de 1973, refiriéndose a los Estados partes que tengan dos o más unidades territoriales, las cuales tengan sus propios sistemas jurídicos relativos a la materia tratada.¹³⁷ A partir de allí, cláusulas con idéntico tenor han sido insertadas en convenios de todos los foros de codificación de los que participa Canadá.¹³⁸

Se trata, como se ve, de un mecanismo que se amolda muy bien a la realidad canadiense en lo que respecta a su ecuación competencia para concluir tratados internacionales/competencia para ponerlos en práctica, en aquellos casos en los cuales la materia regulada se inscribe en la lista de las competencias provinciales, al no exigir que exista acuerdo unánime de las provincias previo a la incorporación de Canadá al tratado.¹³⁹ En la práctica, si el gobierno federal percibe un interés provincial "suficiente" —para el cual no existe un parámetro fijo ni un tiempo limitado—, sigue adelante con su trabajo, el cual no termina con la ratificación del tex-

to internacional. Por el contrario, a partir de ese momento debe seguirse con la ardua tarea de coordinar tanto como sea posible la puesta en práctica del tratado en las provincias proclives a su aceptación, que se compagina con la de persuadir a las demás provincias acerca de los beneficios que les reportaría la introducción del tratado a sus respectivos ordenamientos. No debe creerse que no han existido impugnaciones ni desmitificaciones de la cláusula federal. Al contrario, unas y otras se han hecho presentes en diversas oportunidades; sin embargo, las primeras pueden considerarse infundadas o, en cualquier caso, superadas.¹⁴⁰ Más comprensible resulta la actitud de matizar los méritos o la utilidad de la cláusula, basándose en la ya mencionada pesada carga que coloca sobre los hombros de las autoridades que deben emplearse a fondo —sin garantías de éxito— para convencer a las provincias, o en el carácter inapropiado que la misma mostraba respecto de acuerdos referidos al comercio internacional que no pueden hacerse operativos si falla la instancia provincial.¹⁴¹ Frente a esto, el único remedio pasa por hacer funcionar, lo mejor posible, todos los mecanismos de coordinación.

Vale la pena insistir sobre el carácter no unívoco de la cláusula federal, además de llamar la atención acerca de la existencia de otro tipo de cláusulas que se insertan en los tratados para reflejar la estructura plurilegislativa de los Estados; piénsese, por ejemplo, en los sistemas mixtos que se basan en categorías personales, atinentes a distintos grupos sociales, étnicos o religiosos.¹⁴² Dentro del ámbito de las cláusulas que interesan a Canadá, no sólo se encuentran las mencionadas más arriba, y que se invocan en alguna de las distintas etapas y modalidades de la incorporación de un Estado federal a un convenio internacional (declarando a cuál o cuáles unidades territoriales el mismo se aplica —cláusulas federales territoriales)—, sino también aquellas referidas a la interpretación que debe darse a los criterios de localización utilizados por el convenio (cláusulas federales de interpretación). Así, en los

¹³⁶ Ver H.A. Leal, "Federal State Clauses and the Conventions of The Hague Conference on Private International Law", *Dalhousie L. Journ.*, 8, 1984, pp. 270-271 y 275-281, J.-Y. Morin, *loc. cit.*, pp. 142-144, y Ch Verdon, *loc. cit.*, pp. 20-24.

¹³⁷ La fórmula resulta así más adecuada que la que ya estaba presente en otros convenios de La Haya y que se refería, en lugar de a "unidades territoriales" donde rigen distintas normas, a la existencia de un "sistema jurídico no unificado", pudiendo dar a entender que sólo contemplaba la dicotomía *common law*-derecho civil. Ver H.A. Leal, *loc. cit.*, p. 272. Precisamente, la cláusula así enunciada se denomina "cláusula federal territorial". Ver Ch. Verdon, *loc. cit.*, pp. 27-30.

¹³⁸ Ver H.A. Leal, *loc. cit.*, p. 274, Ch. Verdon, *loc. cit.*, p. 29, n. 65, y J.S. Ziegel, *loc. cit.*, p. 342, y A. Borrás, "Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel", *Recueil des Cours*, 249, 1994-V, pp. 298-300. En algún caso —como en la Convención sobre derechos políticos de la mujer—, la ausencia de cláusula federal ha motivado que la ratificación canadiense reservara aquellas materias correspondientes a las competencias provinciales. Ver A.-M. Jacomy-Millette, *op. cit.*, p. 64.

¹³⁹ Ver Ch. Verdon, *loc. cit.*, pp. 28-29.

¹⁴⁰ Entre ellas se encuentran la que expresa que se trata de un truco de los Estados federales para evitar el cumplimiento de sus obligaciones convencionales —que no merece comentarios—, y la objeción australiana referida a ciertos convenientes que podía suscitarle en razón de algunas particularidades de su sistema federal —aclarada hace casi dos décadas por la *High Court* de ese país—. Ver J.S. Ziegel, *loc. cit.*, p. 343.

¹⁴¹ El segundo de esos problemas se refiere sobre todo a prácticas discriminatorias contra productos importados que se producían en aplicación de políticas comerciales provinciales. *Ibid.*, pp. 343-346.

¹⁴² Ver H.A. Leal, *loc. cit.*, pp. 281-283.

textos aprobados por la Conferencia de La Haya suele incluirse una norma estableciendo que las referencias a la residencia habitual en un Estado territorialmente plurilegislativo deben interpretarse como dirigidas a la residencia habitual en una determinada unidad territorial de dicho Estado, del mismo modo que cuando se ordena la aplicación de la ley del Estado de residencia habitual debe entenderse que corresponde aplicar la ley de la unidad territorial en la cual la persona en cuestión tiene su residencia habitual.¹⁴³ Es digna de mención la “federalización” que ha experimentado, en los convenios que disciplinan la cooperación entre autoridades, la cláusula que establece la obligación de designar una autoridad central para ocuparse de la gestión de tales convenios, facultando a designar tantas como unidades territoriales tenga el Estado.¹⁴⁴

La concreta actuación exterior de Canadá

Canadá como actor principal del comercio internacional

El desarrollo económico alcanzado por Canadá le ha llevado a ocupar un lugar muy significativo en el comercio internacional. No me refiero al volumen que representan sus importaciones y exportaciones —de por sí importantes— si no sobre todo a su papel de actor principal dentro de los centros internacionales de decisión política y económica, especialmente en el G-8, donde coincide con Estados Unidos, Japón, Alemania, Francia, Italia, Reino Unido y, desde hace menos tiempo, Rusia. Su asociación comercial con Estados Unidos (ALCEC/FTA/ALE), desde 1989¹⁴⁵ y la constitución del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN/NAFTA/ALENA) junto a ese país y a México, desde el 17 de diciembre de 1992 (en vigor desde el 1 de enero de 1994), no le ha restado independencia para desarrollar una activa acción exterior en los asuntos comerciales, dentro y fuera del continente americano. Podría aducirse que el tipo de integración ensayada entre estos tres países —una típica zona de libre comer-

cio que no deja de ser algo así como una profundización subregional de las reglas comerciales que rigen a todos los países que se han incorporado a la OMC—¹⁴⁶ resguarda e incluso motiva dicha independencia al carecer por definición de una política comercial común y de un tratamiento arancelario unificado para la importación y la exportación de bienes; pero el tenor de dicha autonomía y, por lo tanto de la anterior afirmación, se pone claramente en evidencia cuando se observa, por ejemplo, la dimensión alcanzada por las inversiones canadienses en Cuba y la consecuente actitud beligerante de Canadá frente a la conocida como Ley Helms-Burton,¹⁴⁷ además de su creciente entramado de relaciones con el resto de los países del Caribe.¹⁴⁸ A su vez, la dinámica actividad canadiense dentro del ámbito americano se expresa en el rol preponderante ejercido en los trabajos preparatorios del ALCA.

Aunque el TLCAN no pasa de ser, repito, una zona de libre comercio —lo que representa el mínimo grado posible dentro de los procesos de integración económica—, ha adquirido una más que considerable importancia a nivel mundial en cuanto referente comercial, no sólo por su potencia industrial y por su población, sino también por la pujanza de las economías que lo integran, cada una en su medida.¹⁴⁹ Desde la perspectiva canadiense, el Tratado y su precedente bilateral han provocado la realización de algunas reformas legales significativas.¹⁵⁰ De más está decir

¹⁴⁶ Ver el art. XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), y el art. V sobre el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, y L. Perret, “Canada, NAFTA and Beyond”, en N. Lacasse y L. Perret (dirs.), *Le libre-échange dans les Amériques (Une perspective continentale)*, Montreal, W & L (La collection bleue), 1994, pp. 7-8.

¹⁴⁷ Ver H. Scott Fairley, “Exceeding the Limits of Territorial Bounds: The Helms-Burton Act”, *Canadian Yearbook of Int. L.*, XXXIV, 1996, pp. 161-213. Para contrarrestar los efectos de dicha legislación, a través de la cual Estados Unidos busca desalentar determinadas inversiones extranjeras en el país caribeño, Canadá aprobó el *Act to Amend the Foreign Extraterritorial Measures Act* (S.C. 1996, c. 28). Acerca de los límites de esta reacción, cf. el particular análisis de B. Atuahene, “The Effectiveness of International Legislative Responses to the Helms-Burton Act”, *Rev. Jur. U. Puerto Rico*, 69, 2000, pp. 829-838.

¹⁴⁸ Ver J. Haar y A.T. Bryan, *Canadian-Caribbean Relations in transition: Trade, Sustainable Development and Security*, Basingstoke, MacMillan, 1999.

¹⁴⁹ Debe tenerse en cuenta que si bien México no puede tomarse en el momento actual como un país desarrollado, es indudable el proceso ascendente de su economía después de la superación de la crisis del “efecto tequila” y su presencia en variados ámbitos del comercio internacional, mediante la conclusión de numerosos acuerdos de libre comercio con otros países latinoamericanos y el muy trascendente con la Unión Europea.

¹⁵⁰ Ver R. Landry, “L'élargissement des marchés et l'harmonisation du droit”, en *Ordres juridiques et espaces marchands...*, op. cit., pp. 127-132.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 282.

¹⁴⁴ Ver A. Borrás Rodríguez, “El papel de la “autoridad central”: los convenios de La Haya y España”, *Rev. esp. dQr. int.*, XLV, 1993, pp. 73-75.

¹⁴⁵ Ver D. Steger, “Canada - United States Free Trade Agreement”, en J. Witker (coord.), op. cit., pp. 109-135.

que el contencioso federal-provincial también se ha hecho presente en alguna medida en este ámbito.¹⁵¹ Así, antes de la conclusión de los Tratados de libre comercio con Estados Unidos y con Estados Unidos y México, el gobierno federal tuvo que realizar consultas con las provincias; después de las respectivas firmas, primero el parlamento federal adoptó la legislación para la puesta en práctica y después las provincias hicieron lo propio.¹⁵² Unos cuantos años antes, en 1982, la preocupación existente por los obstáculos que el problema constitucional ponía a los avances en materia de acuerdos comerciales internacionales, motivó que el gobierno federal creara la *Royal Commission on the Economic Union and Development Prospects for Canada*, la cual preparó un extenso informe sobre las necesidades en este campo; en el mismo se destacaba la importancia del acceso a los mercados extranjeros como herramienta indispensable para el crecimiento económico, haciendo particular hincapié en las relaciones con el vecino del sur.¹⁵³

La vinculación comercial efectiva y permanente de Canadá con Estados Unidos primero —como preconizó la *Royal Commission*— y con éste país y México después, fueron los primeros pasos concretos en un cambio de actitud destacable hacia una relativa “americanización” de la política exterior canadiense,¹⁵⁴ que se había iniciado con el anuncio de la decisión de integrarse como miembro pleno de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en octubre de 1989, decisión plasmada el 8 de enero del año siguiente. De hecho, puede compartirse sin ambages la afirmación de que antes de este cambio

Canadá era considerado geopolíticamente más como una parte de Europa occidental que de América, debido a su tradición británica, sus vínculos con Francia y su pertenencia a la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN).¹⁵⁵

El acuerdo de libre comercio con Chile, firmado el 5 de noviembre de 1996 y entrado en vigor siete meses más tarde, cae también, de alguna manera, en la nueva dinámica.¹⁵⁶

En cuanto al ALCA, cabe decir que su origen se remonta a la I Cumbre de las Américas celebrada en Miami en diciembre de 1994, en la cual los jefes de Estado y de Gobierno de los países miembros de la OEA (con la excepción de Cuba, “suspendido” desde 1962) acordaron la creación del Área de Libre Comercio de las Américas, fijando la conclusión de las negociaciones “a más tardar” para el año 2005.¹⁵⁷ Después de una etapa preparatoria, en la cual se fijaron las bases de lo que será la zona de libre comercio “interamericana”, se iniciaron las llamadas rondas de negociaciones; la presidencia de la primera de ellas, que tuvo lugar desde abril de 1998 hasta noviembre de 1999, correspondió, precisamente, a Canadá, mientras que la próxima Cumbre (la tercera, después de la de Santiago en 1998), tuvo lugar en la ciudad de Québec del 20 al 22 de abril de 2001.¹⁵⁸ Si de una parte, el efecto inmediato del talante otorgado a la presidencia canadiense fue dar un impulso decisivo para el paso de lo retórico a lo real, de otro lado, se terminaron de enterrar las pretensiones —

¹⁵¹ Ver, en este sentido, I. Bernier y A. Binette, *Les provinces canadiennes et le commerce international*, Québec, Centre québécois de relations internationales, 1988.

¹⁵² Ver G.-A. Beaudoin, *op. cit.*, p. 884.¹⁵³ Ver J.S. Ziegel, *loc. cit.*, pp. 345-346. Cuando empezó a funcionar el acuerdo con Estados Unidos, sin embargo, no todo fueron rosas. Cf. M.G. Smith, “The Economic Impact of the Canada-U.S. Free Trade Agreement”, en *Ordres juridiques et espaces marchands, op. cit.*, pp. 327-349.

¹⁵⁴ Relativa si se toma en consideración la actividad de Canadá en el seno de la OMC (téngase en cuenta que Canadá fue uno de los miembros fundadores del GATT, en 1947) y en foros regionales tales como la APEC (Foro de cooperación económica Asia-Pacífico, que se ha planteado la creación de una zona de libre comercio en dos etapas, 2010 para los países más ricos y 2020 para los menos). Desde una perspectiva histórica, el comercio con el resto de América reconoce el primer hito aún antes de la Ley constitucional, en 1866, cuando el entonces Canadá (que comprendía las actuales provincias de Ontario y Quebec), Nueva Escocia, Nuevo Brunswick e Isla del Príncipe Eduardo, auspiciaron una misión comercial al Caribe y a Brasil. Ver www.dfait-maeci.gc.ca/hist

¹⁵⁵ Ver L. Perret, *loc. cit.*, p. 5, y del mismo autor “Le rôle du Canada dans l'établissement d'un espace marchand des Amériques”, *Ordres juridiques et espaces marchands, op. cit.*, p. 303 (subrayando el efecto de la doctrina Monroe, que rechazaba cualquier intervención europea en los asuntos americanos).

¹⁵⁶ Aunque en el fondo se trate más de una ofensiva comercial chilena que de otra cosa. Ver T.A. O'Keefe, “The Evolution of Chilean Trade Policy in the Americas: From Lone Ranger to Team Player”, *Southwestern Journ. L. Trade in the Americas*, V, 1998-2, pp. 258-261.

¹⁵⁷ Ver C. Parga, “El marco jurídico del comercio internacional. El proceso del Área de Libre Comercio de las Américas. Efectos jurídicos de los procesos de integración y los tratados de libre comercio”, *Curso de Derecho Internacional* (Comité Jurídico Interamericano), XXIV, 1999, pp. 302-308, y D. MacKay, “Free Trade Area of the Americas: from Miami to Santiago”, en L. Perret (ed.), *The Evolution of Free Trade in the Americas*, Montreal, W & L (La collection bleue), 1999, pp. 85-95.

¹⁵⁸ También la 30ª Asamblea General de la OEA correspondiente al año 2000 (junio), tuvo como sede a Canadá, en la ciudad de Windsor, Ontario. Para conocer el contenido y la evolución del ALCA y la participación de Canadá, deben consultarse www.sice.oas.org/ftaa/, www.ftaa-alca.org/ y www.AmericasCanada.org/

ya fallecidas tiempo antes— de construir el ALCA sobre la base de la progresiva extensión del TLCAN.¹⁵⁹

Dichos efectos vienen a dar crédito en cierta manera a las palabras de L. Perret cuando se refería a los dos papeles fundamentales que Canadá desempeña y debe desempeñar en el ámbito americano: el de garante del equilibrio entre los distintos intereses en presencia y el de catalizador para que la nueva realidad “libre-comerciante” de América pueda tanto mantenerse como traducirse en el tan esperado desarrollo económico y social de la región.¹⁶⁰ Canadá tiene, como queda dicho, mucho que hacer en el continente americano. En los trabajos del ALCA viene demostrando un gran interés en actuar del modo señalado.¹⁶¹ El aumento de los flujos comerciales provocados por la entrada en vigor del ya espeso entramado de acuerdos existentes en el continente es un hecho.¹⁶² Todavía quedan por ver los efectos positivos sobre los variados indicadores que se vinculan con el nivel de vida de los pueblos.¹⁶³ Y es en esa tarea donde Canadá está llamado a desarrollar una actividad que el otro Estado desarrollado americano difícilmente podrá cumplir, sobre todo por los recelos que todavía despierta en el ámbito interamericano por su historia plagada de actos de intervencionismo, cuando no de crudo imperialismo. Canadá genera una simpatía y una confianza en América Latina que debería

¹⁵⁹ Sobre el alcance de tal pretensión, basada en el art. 2204 del NAFTA, ver T.A. O'Keefe, *loc. cit.*, pp. 251-252, y J.T. Fried, “The Accesion Clause and Extension of the NAFTA”, en *Ordres juridiques et espaces marchands*, *op. cit.*, pp. 313-317. L. Perret, “Canada...”, *loc. cit.*, pp. 9-10, se refiere a los “dos tipos de preocupaciones” generados por la cláusula de accesoión: una referida a la supuesta incompatibilidad entre el comercio multilateral y el regional, y la otra —de signo contrario— referida a la apertura de la cláusula a cualquier país del mundo.

¹⁶⁰ L. Perret, “Le rôle du Canada...”, *loc. cit.*, pp. 304-307.

¹⁶¹ Ver C. Carrière, “Vers la Zone de Libre-Échange des Amériques: une proposition du Canada”, en L. Perret (ed.), *op. cit.*, pp. 97-106, y D. Adams, “The Summit of the Americas: A Canadian Perspective”, en L. Perret (dir.), *Vers une Amérique sans frontière?*, Montreal, W & L (La collection bleue), 1996, pp. 15-23.

¹⁶² Ver el análisis de los resultados comerciales de los primeros años de integración subregional en L. Perret, “Le libre-échange dans les Amériques: vers une structuration du continent américain?”, *Rev. gén. dr.*, 28, 1997, pp. 5-23. Dejo para otro trabajo el tema —muy importante por cierto— de las relaciones entre los diversos procesos de integración regional y subregional americanos, y el impacto sobre ellos de la cláusula de nación más favorecida, cuestión que ha preocupado al Comité Jurídico Interamericano y que ha generado informes de J.L. Siqueiros y de J.T. Fried.

¹⁶³ Para una bien explicada valoración negativa de los efectos del TLCAN sobre Canadá y México, ver T. Gutiérrez-Haces, “El Libre Comercio en Canadá: ¿cómo política de Estado o estrategia corporativa?”, en *id.* (coord.), *op. cit.*, pp. 95-127. En la misma obra, D. Drache, “NAFTA: feliz cumpleaños en tu quinto aniversario”, p. 172, afirma que “Canadá y México buscaban un fin, y la mejorada resolución de disputas ha dejado al descubierto el sentimiento proteccionista de Estados Unidos. Cinco

explotar; máxime teniendo en cuenta tanto su poderío industrial como la notable dependencia del comercio exterior que le provoca la marcada apertura de su economía.¹⁶⁴

Canadá y la codificación internacional del DIPr y del DCOMI

Semblanza general de la actitud canadiense frente a la codificación internacional

La participación de Canadá en organismos internacionales es, como ya ha quedado dicho, muy reciente, y respecto del tema tratado en este estudio está bastante claro que el país estuvo al margen de los primeros 80 años (tomando como punto de partida la reunión del Primer Congreso Sudamericano en 1989, del que fueron producto los célebres Tratados de Montevideo)¹⁶⁵ de los trabajos en pos de la codificación internacional del DIPr. Sin embargo, hoy su accionar en dichos escenarios internacionales se ha convertido en tan activo como polifacético.¹⁶⁶

Además de las consabidas y evidentes dificultades constitucionales para convertirse en protagonista de la unificación en el campo del DIPr, se han apuntado otras razones para explicar la demora de Canadá en acceder al papel que representa hoy en este ámbito. Se ha puesto el acento en la situación geográfica del país, “que sin duda ha contribuido a minimizar los casos de aplicación de leyes con un elemento extranjero (sic)”,¹⁶⁷ y en la flexibilidad de las reglas provenientes del *common law* para solucionar las situaciones privadas interna-

años de TLCAN no han creado un ambiente estable y eficiente, el principal punto a favor de este tratado cuando se negoció por primera vez”.

¹⁶⁴ Ver L. Perret, “Canada...”, *loc. cit.*, pp. 6 y 10.

¹⁶⁵ Ese punto de partida es perfectamente asumible, si se toma especialmente en consideración la trascendencia teórica y práctica de dichos Tratados, aún hoy vigentes entre varios Estados sudamericanos. Ver D.P. Fernández Arroyo, *La codificación del Derecho internacional privado en América Latina*, Madrid, Eurolex, 1994, pp. 97-116. Pero, obviamente, lo dicho no significa de ningún modo que se ignore la evidente existencia de realizaciones e intentos previos, entre las cuales, la más destacable por su “pionerismo” es el Tratado para establecer reglas uniformes en materia de DIPr, conocido como Tratado de Lima de 1878. *Ibid.*, pp. 90-95.

¹⁶⁶ Actividad que, como puede sobreentenderse, se extiende bastante más allá de los márgenes ya no tan estrechos del DIPr (y del DComI). Ver, por ejemplo, Ó. Ülgen, *loc. cit.*, p. 147, relatando el activismo canadiense en el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre pueblos indígenas.

¹⁶⁷ Ch. Verdon, *loc. cit.*, p. 14. Imagino que se quiere referir a las normas que son aplicables a los casos que presenten en su configuración uno o más elementos extranjeros o, lisa y llanamente, a la eventual aplicación de leyes extranjeras a partir del mandato contenido en las primeras.

cionales.¹⁶⁸ Al respecto cabe decir que la primera (harto sorprendente, por cierto) no ha impedido nunca la producción de relaciones privadas vinculadas con otros ordenamientos además de con alguno o algunos de los vigentes en Canadá; país que, de un lado, no ha parado de recibir inmigrantes desde hace cinco siglos y, de otro lado, tiene una extensísima frontera con los Estados Unidos a caballo de la cual se han producido multitud de casos de DIPr. Por si eso fuera poco, no es posible entender cuál podría ser la relación entre la supuesta situación periférica del país y su falta de interés en la unificación del DIPr. Si ese criterio fuera válido, los Estados del Río de la Plata nunca hubieran desarrollado la ingente tarea codificadora que han llevado a cabo desde hace más de un siglo. En cuanto a la segunda razón indicada, parece claro que la pertenencia de un país a la tradición jurídica del *common law* (extremo que en Canadá, aún siendo mayoritario, sólo se da parcialmente) no tiene por qué impedir o desalentar con carácter general la participación del mismo en las tareas de codificación internacional del DIPr; en cualquier caso, si se admitiera la validez de esta razón, no alcanzaría por sí sola para explicar por qué Canadá tardó más que otros Estados en incorporarse a la dinámica de la unificación a escala internacional.

Pero, con todo, lo que interesa de esta breve semblanza no son tanto las causas de la tardía incorporación al proceso codificador; ni siquiera, los límites que traza a su actividad exterior la particular organización del Estado y su correlativa distribución de competencias. Lo que resulta de verdad esencial ahora, es ver si es posible desentrañar alguna tendencia o actitud específica de Canadá frente a la codificación internacional del DIPr. Pues bien, del repaso de la participación de los representantes canadienses en los distintos foros internacionales y de la recepción del resultado de sus esfuerzos a nivel federal y provincial, pueden extraerse unas pocas líneas muy generales. La primera de ellas es el prestigio reconocido a las delegaciones canadienses en cada uno de los foros en los que participa. La segunda parece mostrar una preferencia más o menos acusada por participar en la codificación que se realiza a nivel mundial o con vocación universal. La tercera indica con bastante claridad que las materias que se juzgan como más necesitadas de ser objeto de reglamentación convencional se agrupan en el DCOMI y en

los asuntos que podemos considerar como atinentes al Derecho de familia.¹⁶⁹

Foros de vocación universal

El primero de los foros con vocación universal —aunque europeo en su origen y en alguna medida eurocéntrico en su actividad— que interesa a Canadá es la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, a la cual se incorporó, como ya se ha mencionado, en 1968, asistiendo ese año a la Undécima Sesión de la misma.¹⁷⁰ De allí en adelante su participación fue cada vez más activa, aunque no se incorporó a ningún convenio hasta 20 años después. En este momento, Canadá es parte en cuatro textos aprobados por la Conferencia: el de notificación de 1965,¹⁷¹ el de sustracción de menores de 1980,¹⁷² el de ley aplicable al *trust* de 1985,¹⁷³ y el de cooperación en materia de adopción internacional de 1993.¹⁷⁴ No debe olvidarse que la entrada en vigor de cualquier convenio en Canadá no significa que el mismo resulte aplicable en todas las provincias, de modo tal que, para garantizar una total certeza en su aplicabilidad, es preciso contar con una información actualizada de la concreta vigencia en la provincia que interese en cada caso. Es decir que los convenios de la Conferencia de La Haya no han escapado al resultado dispar en lo que se refiere a su vigencia en todo el territorio canadiense, habiéndose provocado, incluso, alguna discusión en sede judicial respecto de su alcance.¹⁷⁵

Así, por ejemplo, el primero de los Convenios mencionados, aunque había adquirido vigencia en todo Canadá ya en 1989 (24 años después de su aprobación), en Nunavut no lo hizo hasta 10 años después.¹⁷⁶ La fecha señalada para la entrada en vigor del Convenio

¹⁶⁹ Cf. *Chart of Private International Law Priorities – A Functional Approach* (preparado por el Ministerio de Justicia) y *Activities*, pp. 9-13 y 25-27.

¹⁷⁰ Se cumplió así una vieja aspiración de canadiense. Cf. Ver J.-G. Castel, "Canada and the Hague Conference...", *loc. cit.*, *passim*.

¹⁷¹ Desde el 1 de mayo de 1988.

¹⁷² Desde el 1 de abril de 1988.

¹⁷³ Desde el 1 de enero de 1993.

¹⁷⁴ Desde el 1 de abril de 1997.

¹⁷⁵ Es el caso concreto del Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980, respecto del cual la Corte Suprema reconoce de modo explícito en *Thomson v. Thomson* ([1994] 3 R.C.S. 551, esp. p. 612) que su puesta en práctica corresponde a cada provincia. Cf. G.-A. Beaudoin, *op. cit.*, p. 887. Ver también K.B. Farquhar, "The Hague Convention on International Child Abduction Comes to Canada", *Canadian Journ. Fam. L.*, 4, 1983, pp. 5 ss.

¹⁷⁶ *Activities*, p. 24.

¹⁶⁸ *Ibid.*

de adopción, por su parte, se refiere sólo a cinco provincias, mientras que respecto a otras provincias y territorios, se ha ido produciendo de forma escalonada o no se ha producido todavía.¹⁷⁷ El del *trust* está, al día de hoy, vigente en siete jurisdicciones.¹⁷⁸ Además de estas particularidades, cabe destacar que la tarea del Ministerio de Justicia no se acaba cuando se produce la última entrada en vigor; en algunos casos su actividad es ardua, como en el Convenio sobre sustracción de menores, el cual, debido a su carácter semi-abierto, requiere la aceptación expresa de cada nueva adhesión por cada Estado parte.¹⁷⁹

En relación con futuras incorporaciones, Canadá ha identificado como de prioridad alta, los Convenios sobre protección de menores de 1996 y sobre protección de adultos de 1999, respecto de los cuales el gobierno federal se ha mostrado interesado en alcanzar una legislación uniforme en el seno de la Conferencia para la unificación de las leyes, con la colaboración del Comité de Derecho de Familia FPT (federación, provincias, territorios), mediante la creación de un grupo de trabajo *ad hoc*.¹⁸⁰ También prioridad alta se le ha otorgado al Proyecto de Convenio sobre Competencia Judicial y Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia Civil y Mercantil, el cual, después de haber despertado muchas expectativas, pasa por horas bajas.¹⁸¹ Canadá, no obstante, viene participando con mucho interés en su preparación, habiendo realizado una reunión especial sobre los aspectos relativos al comercio electrónico —uno de los puntos críticos del Proyecto—, en Ottawa, en el primer trimestre de 2000, y abocándose a la preparación de otra sobre el mismo tema y en la misma ciudad para fines de febrero de 2001; además, la Comisión Especial sobre el Proyecto ha estado presidida por un canadiense.¹⁸²

Dentro de la franja media del *Cuadro de prioridades*, el Ministerio de Justicia ha ubicado a otros textos de La Haya, como el Convenio de la apostilla de

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 27.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 30.

¹⁷⁹ En agosto de 2000, el Ministerio de Justicia estaba esperando la respuesta de varias provincias y territorios para poder adoptar una "posición canadiense" respecto de las adhesiones de Bielorrusia, Costa Rica, Fiji, Moldavia, Paraguay y Turkmenistán, mientras que se aprestaba para consultar acerca de las de Brasil, Malta, Trinidad y Tobago, Uruguay y Uzbekistán. *Ibid.*, p. 28.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 26.

¹⁸¹ Ver A.T. von Mehren, "The Hague Jurisdiction and Enforcement Convention Project Faces an Impasse – A Diagnosis and Guidelines for a Cure", *IPRax*, 2000, 465-468.

¹⁸² *Activities*, pp. 21-22.

1961, el Convenio sobre la obtención de pruebas en el extranjero de 1970 —para el cual ha recibido el apoyo de seis jurisdicciones, pero necesita la aceptación de todas, ya que el Convenio carece de cláusula federal,¹⁸³ e incluso el eventual Convenio sobre obligaciones alimentarias que aparece en la nueva agenda de la Conferencia. En la franja de las prioridades débiles se encuentran el Convenio sobre ley aplicable a las sucesiones de 1989 y los trabajos preparatorios para un futuro Convenio sobre cohabitación no marital.

En el mismo año que ingresó a la Conferencia de La Haya, Canadá hizo lo propio con el Instituto para la Unificación del Derecho Privado, más conocido como UNIDROIT. Uno sólo de los convenios aprobados por esta institución está en vigor en Canadá. Se trata del Convenio relativo a la ley uniforme sobre el testamento internacional de 1973.¹⁸⁴ También sólo uno de los trabajos de UNIDROIT aparece entre las prioridades máximas del gobierno canadiense: el relativo al Proyecto de Convenio sobre garantías internacionales sobre equipos móviles y el correspondiente Protocolo sobre aeronaves. Canadá está interviniendo en esta materia y ha organizado dos reuniones conjuntas del UNIDROIT y la Organización Internacional de Aviación Civil en Montreal, en los veranos de 1999 y 2000.¹⁸⁵ Los Convenios sobre *leasing* y *factoring* de 1988 (conocidos como Convenios de Ottawa), se encuentran en la franja de las prioridades medias, lo mismo que el Convenio sobre bienes culturales de 1995. En la parte baja del cuadro se mencionan a los principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales.¹⁸⁶

Como se sabe, el carácter de miembro de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional no es, a diferencia de lo que ocurre con las instituciones antes mencionadas, permanente. Por el contrario, es la Asamblea General de la ONU la encargada de elegir a los 36 Estados que forman parte de dicha Comisión por periodos de seis años, manteniendo en cada caso un cierto equilibrio entre las distintas regiones del mundo, los principales sistemas económicos y las diversas familias jurídicas. Los demás

¹⁸³ *Ibid.*, p. 24.

¹⁸⁴ En vigor desde el 9 de febrero de 1978, se aplica en Alberta, Manitoba, Isla del Príncipe Eduardo, Ontario, Saskatchewan, Terranova y Nuevo Brunswick.

¹⁸⁵ *Activities*, pp. 12-13.

¹⁸⁶ Los cuales por su propio carácter no requieren puesta en práctica, limitándose la acción del Gobierno canadiense a la información a los operadores. *Ibid.*, p. 18.

Estados, así como organizaciones gubernamentales (como la Conferencia de La Haya y el UNIDROIT, por ejemplo) y no gubernamentales, pueden participar en las reuniones de la Comisión y de sus grupos de trabajo como observadores. Canadá ha tomado parte en este último carácter desde 1973 hasta 1989 y desde 1995 hasta la fecha. Entre los dos últimos años mencionados actuó como miembro, merced a la elección producida a fines de 1988, carácter que pretende recuperar para el periodo 2001-2007.

Dos Convenios de UNCITRAL están vigentes en Canadá: el de Nueva York de 1958 sobre ejecución de laudos arbitrales¹⁸⁷ y el de Viena de 1980 sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías,¹⁸⁸ habiéndose adoptado también una ley modelo de arbitraje comercial internacional sobre la base de la Ley Modelo de UNCITRAL de 1985. Además de ello, varios trabajos de UNCITRAL pueblan toda la columna izquierda del *Cuadro de prioridades* del DIPr convencional, referida al DCOMI. En particular, varios aparecen en la franja de prioridades altas, junto con el mencionado Proyecto de UNIDROIT sobre garantías y el Convenio del CIADI (Banco Mundial) sobre solución de controversias en materia de inversiones.¹⁸⁹ Se trata de los Convenios sobre la prescripción en materia de venta internacional de mercaderías —en trámite de consultas con las provincias y territorios—, del Proyecto de Convenio sobre cesión de créditos, y de las actividades llevadas a cabo por los grupos de trabajo sobre comercio electrónico —el gobierno federal ya ha preparado un Proyecto sobre la base de la Ley Modelo de UNCITRAL de 1996—, y sobre arbitraje.¹⁹⁰ En la franja baja, se encuentran los Convenios sobre garantías independientes de 1995 y sobre letras de cambio de 1988, la Ley Modelo sobre insolvencia internacional de 1997, las actividades del grupo de trabajo sobre la misma materia, la guía legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada y la recopilación de jurisprudencia relativa a textos de UNCITRAL.¹⁹¹

Foro regional interamericano: la CIDIP

Aunque, como antes se ha relatado, Canadá se incorporó muy tarde a la OEA, su interés y preocupación por lo que allí se estaba gestando dentro del ámbito jurídico, había comenzado mucho antes. En efecto, tan cierto como que la adquisición del carácter de miembro de la Organización no se produjo hasta el 8 de enero de 1990 —lo cual convirtió por aquel entonces a Canadá en el miembro número 33—, es el hecho de que desde 1972 ya estaba presente en virtud de su *status* de “observador permanente”. Esto no quiere decir que se haya implicado a fondo en los trabajos de la actual etapa de la codificación interamericana de DIPr, cuyos prolegómenos comenzaron, casi al mismo tiempo que la adquisición por Canadá del estatus de observador y que se materializaron con la reunión de la que sería la primera Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP I), en Panamá (1975).¹⁹² Es más, para algún observador muy cercano, “Canadá no se ha implicado mucho en las actividades de DIPr de la OEA”.¹⁹³ Pero sí es cierto que ha estado representada en las cinco ediciones de la Conferencia realizadas hasta ahora, cuatro de las cuales se llevaron a cabo cuando todavía no era miembro pleno de la Organización.¹⁹⁴ La contribución más comentada ha sido, cómo no, la relativa a la introducción de la cláusula federal en las convenciones interamericanas, la cual (al igual que la cláusula lingüística incluida en los protocolos sobre exhortos —art. 3— y sobre recepción de pruebas —art. 2—) no ha podido cumplir ninguna función ya que, ni Canadá ratificó texto alguno de la CIDIP ni los Estados federales que sí ratificaron hicieron uso de la misma.¹⁹⁵ A partir de la CIDIP IV (1989), se incluyen también las llamadas cláusulas federales de interpretación.¹⁹⁶

¹⁹² Ver, por todos, G. Parra-Aranguren, *Codificación del Derecho internacional privado en América*, Caracas, Univ. Central de Venezuela, 1982, pp. 297-318.

¹⁹³ Ch. Verdon, *loc. cit.*, pp. 6-7.

¹⁹⁴ La situación de Canadá antes de su plena integración en la OEA puede verse en L. Pharand, “Canada and the OAS. The Vacant Chair Revisited”, *Rev. gén. dr.*, 17, 1986, pp. 429-454.

¹⁹⁵ Ver J. Samtleben, “Neue interamerikanische Konventionen zum Internationalen Privatrecht”, *RebelsZ*, 56, 1992, p. 76.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 77. Ver Convenciones sobre alimentos —art. 28— y sobre restitución de menores —art. 33— Ver Diego P. Fernández Arroyo, “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 15 de julio de 1989”, *Rev. inf. leg.*, 28 (111), 1991, p. 154, y *La codificación...*, *op. cit.*, pp. 191-192.

¹⁸⁷ Desde el 10 de agosto de 1986.

¹⁸⁸ Desde el 1 de mayo de 1992. Ver J.S. Ziegel, “Canada and the International Sales Convention”, *Canadian Business L. Journ.*, 12, 1987, pp. 366 ss.

¹⁸⁹ Respecto del cual se ha adoptado ya en forma unánime una Ley uniforme en el seno de la Conferencia sobre la unificación de las leyes, el 30 de noviembre de 1997, aguardándose la pronta ratificación. *Ibid.*, p. 10.

¹⁹⁰ El Cuestionario relativo al Convenio de Nueva York de 1958 figura, sin embargo, entre las prioridades medias. *Ibid.*, pp. 13-14.

¹⁹¹ *Ibid.*, pp. 16-21.

A partir de la obtención del estatus de miembro, a poco que se conozca el *modus operandi* de la CIDIP —sobre todo la que se realiza entre las diferentes sesiones en el seno de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA— y se consulten las actas, difícilmente se puede decir que Canadá no ha estado implicado en las actividades llevadas a cabo. Al menos si se toma como parámetro lo que hace cualquier Estado miembro de la Organización. Respecto de la CIDIP V, reunida en México en 1994, es evidente que hubo una activa participación canadiense en todas las actividades previas, así como en la sesión propiamente dicha. De hecho, Canadá fue uno de los pocos países que respondió el cuestionario enviado por la OEA como pieza clave de los trabajos preparatorios de la que luego sería la convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales.

Otra cosa es que, salvo una excepción, Canadá no se haya visto movido a la ratificación de alguna de las convenciones interamericanas. Tal actitud tiene que verse en el contexto de la aproximación habitual de Canadá a la codificación internacional del DIPr desde que empezó a participar de sus tareas hace ya tres décadas. La idea ha sido siempre la de buscar respuestas globales para problemas que se entiende que son de la misma índole. Si se mira las respuestas canadienses al mencionado cuestionario sobre obligaciones contractuales, se podrá apreciar hasta qué punto esa idea se confirma.

La excepción a esta actitud viene dada por el interés que existió (y que poco a poco parece irse diluyendo)¹⁹⁷ en ratificar la mencionada Convención de México sobre contratos. El argumento de los problemas lingüísticos que se presentarían en especial respecto de la versión inglesa de la Convención,¹⁹⁸ llevado a la primera *Reunión de Expertos* preparatoria de la CIDIP VI (Washington, D.C., diciembre de 1998) como un cuarto tema junto a los tres ya mencionados,¹⁹⁹ no puede es-

¹⁹⁷ La cual ha pasado en el actual *Cuadro de prioridades* a la franja “baja”, después de haber permanecido bastante tiempo en la “media”.

¹⁹⁸ *Activities*, pp. 18-19: “Dada la sustancial compatibilidad de la Convención con el Derecho canadiense, Canadá podría posiblemente considerar la accesión a ella si los problemas lingüísticos fueran resueltos satisfactoriamente”.

¹⁹⁹ Estados Unidos puso este tema sobre el tapete en lo que podía ser tomado como cierto interés en llevar a cabo algún tipo de actividad en vistas a la eventual ratificación de la Convención. En la *Reunión de Expertos*, sin embargo, el tema pasó sin pena ni gloria, adoptándose una particular decisión, consistente en dejar la solución del problema a los Estados ratificantes, sobre la base de negociaciones entre ellos. Ver D.P. Fernández Arroyo, “La CIDIP cabalga de nuevo”, *Jurídica*, 29, 1999, p. 366.

conder el hecho ya tratado en este estudio, relativo a las dificultades que entraña la organización federal y, en particular, la comprensión por parte de las provincias del interés que puede tener para ellas un convenio sobre un tema tan “internacional”. De hecho no hay ninguna propuesta concreta en cuanto a la corrección del texto, ni ningún trabajo en curso sobre el particular.

Canadá participó en la preparación de la CIDIP VI, cuya reunión fue prevista, después de algunos retrasos, en Guatemala hacia fines del 2001. Es verdad que el impulso de los dos temas principales que se discuten allí, las garantías mobiliarias y un documento único para el transporte de mercaderías por carretera, lo ha ido ejerciendo Estados Unidos, con el apoyo de México sobre todo en el primer tema. Pero no es menos cierto que el Ministerio de Justicia de Canadá mantiene a la próxima CIDIP en la franja “media” de su *Cuadro de prioridades*. Allí puede constatarse, incluso, que el interés no es igual respecto de los tres temas (el tercero es la regulación de las cuestiones de DIPr sobre la contaminación transfronteriza). El único que en principio le interesa a este país es el de las garantías mobiliarias.²⁰⁰

Acuerdos bilaterales

Como es regla general para todos los países, por muy activa que sea la participación de Canadá en el seno de los foros internacionales encargados de la codificación del derecho, la vía de los acuerdos bilaterales siempre queda expedita. En un sentido muy amplio, puede entenderse que buena parte de lo que se pierde en calidad del texto negociado en un ámbito multilateral en el cual confluyen intereses muy diversos y, por lo tanto, difícilmente compatibles, se puede reducir a una mínima expresión cuando de lo que se trata es de poner en común una reglamentación sobre algún aspecto concreto del DIPr (o del DCI) sólo para dos Estados. El mismo hecho de que dos gobiernos decidan —esto es, al margen de la política oficial de un organismo internacional de codificación—, en un momento determinado, que una cuestión exige o precisa la elaboración de un convenio entre ellos, implica de algún modo que, por grandes que sean las diferencias de perspectivas respecto de ella, existe un fondo común que abona el camino de un fácil acuerdo. De otro lado, salvo situaciones muy particulares, los convenios bilaterales están destinados a convertirse en derecho positivo, sobre

²⁰⁰ *Activities*, pp. 14-15.

todo debido a la “inmediatez” entre la decisión de elaborarlos y la de ponerlos en vigor.

En cambio, no es raro que los países que participan en un foro internacional se aboquen a la negociación de un texto concreto, e incluso lleguen a firmarlo, sin ignorar que la ratificación del mismo se presenta muy complicada o directamente imposible. De hecho, los casos de convenios internacionales negociados durante años con la activa participación de numerosos Estados y que nunca han alcanzado a entrar en vigor o que presentan unos cuadros de incorporaciones totalmente desangelados no son del todo raros. Por todo lo anterior, no debe extrañar que Canadá haya incursionado también por esta vía, celebrando sendos convenios de reconocimiento y ejecución de sentencias con Francia (1996) y con el Reino Unido (1984). Mientras ésta se aplica en todas las jurisdicciones, excepto en Québec y en Nunavut, la primera ha sido incorporada sólo por Saskatchewan y Ontario.²⁰¹

Conclusiones

La participación de Canadá en los procesos de codificación internacional del DIPr y del DCI está condicionada por la propia configuración político-administrativa del país. En efecto, además del siempre mencionado carácter federal de Canadá, deben tenerse en cuenta la existencia de dos lenguas oficiales y, sobre todo, de dos sistemas jurídicos con profundas divergencias de fondo: el romano-germánico y el del *common law*. En el mismo sentido, es importante destacar las dificultades emanadas de la falta de una completa soberanía la cual, pese a haberse obtenido entre 1919 y 1931, no se consigue sino hasta 1982, cuando el parlamento británico abdica todo poder legislativo sobre Canadá. Ambas cuestiones han contribuido a provocar que no siempre se haya visto como indispensable dicha participación y que, cuando se tomó la decisión de hacerlo (sobre finales de los años sesenta), haya costado tanto traducir a la práctica los resultados obtenidos en el ámbito internacional. Esas son las razones fundamentales.

Por el contrario, ni la situación geográfica del país ni la invocada flexibilidad de las reglas del *common law* para solucionar las cuestiones de relativas al DIPr, pueden considerarse determinantes en ese sentido. La

primera no ha impedido nunca la producción de relaciones privadas vinculadas con otros ordenamientos además de con alguno o algunos de los vigentes en Canadá; país que, de un lado, no ha parado de recibir inmigrantes desde hace cinco siglos y, de otro, tiene una extensísima frontera con los Estados Unidos, frontera permeable a los intercambios internacionales. En cuanto a la segunda, cabe decir que la pertenencia de un país a la tradición jurídica del *common law* (extremo que en Canadá sólo se da en parte) no tiene por qué impedir o desalentar con carácter general la participación del mismo en las tareas de codificación internacional del DIPr; en cualquier caso, si se admitiera la validez de esta razón, no alcanzaría por sí sola para explicar por qué Canadá tardó más que otros Estados en incorporarse a la dinámica de la unificación a escala internacional.

Sin embargo, lo que sí puede resultar sorprendente a primera vista es que un país que mantiene un carácter plurilegislativo en el orden interno desarrolle una actividad tan intensa, especialmente en las últimas décadas, en los foros dedicados a la unificación a escala internacional de diversos aspectos de la reglamentación de las relaciones jurídicas privadas vinculadas con distintos ordenamientos. Es destacable que la actitud adoptada en el desarrollo de dicha actividad sea tan clara como apreciada en todos esos foros. Es casi un lugar común que los delegados de los demás países se refieran a las delegaciones canadienses poniendo el acento en alto nivel de profesionalidad de sus miembros, la seriedad y fundamentos de sus propuestas y la excelente preparación previa de los temas discutidos.

En ese contexto, los elementos que más han ayudado en la búsqueda de una optimización de los esfuerzos realizados en el marco de la codificación internacional del DIPr han sido, de un lado, el trabajo de coordinación de las actividades entre los ámbitos federal y provinciales y el acercamiento a las sensibilidades del sector privado, y la cláusula federal territorial, de otro lado. Ambos extremos, pese a sus indudables limitaciones, han sido fundamentales. Los primeros, porque han logrado situar la cuestión en el campo de una cooperación constructiva; la inclusión de la cláusula federal en los convenios elaborados en los distintos foros de los que participa Canadá, por su parte, ha resultado el instrumento de técnica legislativa ideal para que la oposición —plenamente justificada o no tanto— de una o más provincias al contenido de dichos convenios no frustre los deseos de las demás de beneficiarse de su aplicación.

²⁰¹ *Activities*, pp. 23 y 25.

Ahora bien, la paradoja planteada entre un país ce-
loso de su plurilegislación interna y la hiperactividad
en los foros de codificación internacional del DIPr, tie-
ne que resolverse en alguna medida, perjudicando a
uno de los elementos antagónicos de dicha paradoja.
La realidad nos muestra que en este caso la "solución"
se ha canalizado mediante el escaso número de incor-
poraciones a convenios internacionales. Más de 30
años de notable participación en las labores de unifica-
ción se han saldado con un resultado que puede califi-
carse de cualquier modo menos satisfactorio: sólo siete
textos multilaterales y dos bilaterales en vigor y varios
de ellos sin alcanzar la totalidad de las provincias y los
territorios canadienses. Sin menospreciar siquiera por
un momento ninguno de los argumentos históricos, po-
líticos, culturales y jurídicos que motivan ese magro
resultado, sigue pareciendo válido un llamado a la re-
flexión sobre parámetros de eficiencia, racionalización
de esfuerzos y utilidad pública y social de la activi-
dad de los funcionarios públicos.

Volviendo, por fin, al título de esta contribución, pue-
de decirse que aunque abrazó tarde la profesión, Cana-
dá se ha revelado como un actor con madera de prota-
gonista en los escenarios que le brinda el comercio
internacional y la codificación del Derecho, uno de los
más reputados y respetados en esos ambientes. Sin em-
bargo, con algo más de precisión metafórica, habría
que hablar de una compañía teatral (con excelentes ac-

tores) cuya *performance* no puede ser siempre todo lo
exitosa o todo lo apreciada que se querría por algunos
problemas que son consustanciales a su propia organi-
zación interna. Algunas veces da la impresión de que
sus bailarines y bailarinas arrastran un poco los pies, na-
da más que para no pisar los callos de los otros miem-
bros de la compañía. Otras veces, pareciera que algunos
están demasiado ensimismados en sus propios papeles
y que ese ejercicio de vanidad impide llevar totalmente
a buen fin las obras en las que se ha desplegado un gran
esfuerzo y que pueden resultar de no poca utilidad.

Desde otra perspectiva es importante apuntar una
vez más que si bien la compañía se mueve como pez
en el agua en los escenarios "universales" de la unifi-
cación del Derecho, en el escenario continental ame-
ricano su actuación no acaba de cuajar. Tal vez porque
no se ha alcanzado aun a comprender la trascenden-
cia económica y política que puede llegar a tener un
cambio decisivo de la actitud de Canadá en este ámbi-
to. Para una y para otra cosa, es decir, para sacar todo
el jugo a su talento y para adquirir una presencia estelar
en el escenario interamericano, la virtud tan canadien-
se del equilibrio debe llevarse a su máxima expresión.
Equilibrio entre el respeto a ultranza de los derechos
de los miembros, por un lado, y un acusado principio de
colaboración leal a las actividades colectivas, por el
otro. Ambas cosas redundarán en beneficio de Ca-
nadá.