

REFLEXIONES SOBRE LA UTILIDAD DE LA COMPARACIÓN Y SUS EFECTOS EN LA CODIFICACIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN

SUMARIO: I. *Nota preliminar*. II. *Apuntes sobre la utilidad de la comparación*. III. *La comparación como medio para la codificación en el derecho internacional privado*. IV. *A modo de cierre*.

I. NOTA PRELIMINAR

Cuando hablamos sobre las cuestiones implícitas de la unificación o codificación del derecho internacional privado (en adelante DIPr), nos referimos, y así lo exponemos desde el inicio, a una unificación sustantiva que viene acompañada de una unificación conflictual.¹ La coordinación de ambas técnicas normativas es, por tanto, la única manera de ofrecer una respuesta jurídica completa y previsible al tema en cuestión que abordaremos en las páginas sucesivas.²

1 Vitta, E., *Corso di diritto internazionale privato e processuale*, 4a. ed., a cura di F. Moscón, Turín, UTET, 1991, pp. 85 y 86; Van Hecke, G. en Von Overbeck, “Le champ d’application des règles de conflit ou de droit matériel uniforme prévues par des traités”, Institut de droit international. Session d’Athènes 1979, Travaux préparatoires, volumen 58, p. 151.

2 En cuanto a los avatares que se suscitaron en torno a si la Conferencia de La Haya creada, según su artículo 1o., con la finalidad de trabajar en la unificación progresiva de las reglas del derecho internacional privado, es competente para elaborar reglas materiales uniformes y/o reglas de conflicto, véase Viñas Farré, Ramón, *Unificación del derecho internacional privado. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Barcelona, Bosch, 1978, pp. 47-49. Tomás Ortiz de la Torre, José Antonio, *Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Evolución histórica y convenciones adoptadas*, Madrid, Edersa, 1993.

II. APUNTES SOBRE LA UTILIDAD DE LA COMPARACIÓN

Quisiéramos retomar con este trabajo una reflexión que se dejó plasmada por escrito, hace ya algún tiempo, en torno a los sistemas jurídicos contemporáneos³ como aproximación introductoria al campo del derecho comparado⁴ y que ahora, en esta ocasión, pretendemos precisar y extender.

El planteamiento parte de la premisa siguiente: la utilidad de la comparación y sus efectos en la codificación en DIPr.

En el área jurídica, en general, a todos aquellos que estamos formados en leyes, nos dediquemos a la investigación, a la academia o al litigio, a todos por igual, nos interesa poseer una perspectiva del derecho amplia.⁵

Cuando abrimos nuestros horizontes, jurídicamente hablando, y observamos diferentes realidades, diferentes ordenamientos jurídicos, nos hacemos eco, casi inmediatamente, de otras proyecciones que pueden contribuir a ver con más nitidez, la perspectiva, el contenido de nuestro ordenamiento interno; nos permite ver, de manera crítica, los posibles puntos oscuros y lagunas de nuestro sistema jurídico estatal, de nuestro ordenamiento jurídico interno.⁶

Tal y como acabamos de expresar y tal y como se refleja a través de una doctrina mayoritaria, la comparación nos es útil por una diversidad de razones,⁷ nosotros vamos a referirnos a las siguientes:

3 González Martín, Nuria, “Sistemas jurídicos contemporáneos: nociones introductorias y familia jurídica romano-germánica”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 30, 2000, pp. 621-672.

4 Sobre el tema referimos una diversidad de manuales realizados para la licenciatura en derecho, así tenemos Zárate, José Humberto *et al.*, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México, McGraw-Hill, 1997, p. 1; Margadant, Guillermo F., *Los sistemas jurídicos contemporáneos. Antecedentes y panorama actual*, México, UNAM, 1996; Sirvent Gutiérrez, Consuelo *et al.*, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México, Harla, 1996, entre otros.

5 Y esa es la idea que permea siempre a los grandes autores que escriben en torno al tema; veamos la reciente traducción al español de la obra de Zweigert, Honrad y Kötz, Hein, *Introducción al derecho comparado*, México, Oxford University Press, Colección Estudios Jurídicos, 2001, entre otros estudios.

6 No queremos dejar de realizar el comentario que el mero conocimiento de las legislaciones extranjeras no supone, por sí mismo, hacer comparación, aunque sí constituye un presupuesto de ésta, como tampoco nos lleva a buen camino, en términos de análisis comparativo, aplicar en la práctica un modelo determinado de manera acrítica, sin criterio. Como prueba de ello, por ejemplo tenemos el riesgo de la americanización jurídica que amenaza a los países con débil tradición jurídica.

7 Los especialistas en la materia no sólo están convencidos de la utilidad sino además de la necesidad del derecho comparado, al respecto remitimos a Zweigert, Honrad y

- *Como medio para ver más claramente la esencia de nuestro derecho.* Si en el marco de la comparación ampliamos nuestros horizontes, como acabamos de exponer, podemos divisar más allá de lo que nuestros conocimientos nacionales o internos nos proporcionan, estaremos en el camino correcto para poder ampliar nuestras perspectivas y nuestras expectativas,⁸ es cuestión de señalar los contrastes para así, también, comprender mejor nuestro propio sistema jurídico.⁹ Este planteamiento nos dirige, además, hacia una mejor actitud general del jurista con formación comparatista, lo que redundará también, a su vez, en una mayor eficacia de su labor.¹⁰
- Si podemos ver más claramente la esencia de nuestro derecho, por ende, *podríamos mejorar nuestro derecho*; ver si otro perfil jurídico

Kötz, Hein, *op. cit.*, nota 5, pp. 4 y ss. El profesor García Cantero, al cuestionarse para qué sirve el derecho comparado en el siglo XXI, enumera sus razones de la siguiente manera: 1) tiene una evidente función formativa, para dotar de un marco u horizonte adecuado a los estudios comparativos; 2) Posee una función instrumental general, dentro del fenómeno que suele denominarse de globalización de las relaciones humanas; 3) presenta una innegable función instrumental aplicada para mejor regular las relaciones jurídico-civiles regidas por el derecho internacional privado; 4) es instrumento necesario para conocer los precedentes de nuestro derecho, cualquiera sea la rama a que pertenezca y 5) para la reforma de nuestro derecho resulta igualmente un instrumento de primera magnitud, ya sea para seguir alguno de los modelos existentes, ya sea para combinar varios de ellos, ya sea para optar, con pleno conocimiento de causa por uno propio y original. García Cantero, Gabriel, “Nacimiento, desarrollo e importancia actual del derecho comparado”, *Actualidad Civil*, Madrid, núm. 2, 10 al 26 enero de 2000, pp. 78 y 79.

⁸ Ya sea desde la macrocomparación o microcomparación, De Cruz, *A Modern Approach to Comparative Law*, 1993.

⁹ Al respecto véase lo que se dice en Fix-Zamudio, Héctor, “La modernización de los estudios jurídicos comparativos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXIII, núm. 64, pp. 63-94.

¹⁰ Es incuestionable que nos encaminamos hacia una globalización jurídica en el que el incremento, por ejemplo, de relaciones comerciales internacionales ha obligado, en la praxis, a crear despachos, firmas o bufetes especializados dotados de abogados expertos en la denominada *lex mercatoria*, que incluye, además de las leyes mercantiles estatales, un gran número de fuentes internacionales, usos y costumbres. A modo de ejemplo en Londres hay más de un centenar de despachos extranjeros (la mitad procedente de los Estados Unidos de América); 65 en Bruselas, 56 en París, 52 en Hong Kong, 30 aproximadamente en cada una de las ciudades de Nueva York, Moscú, Singapur y Tokio. Glenn, *Comparative Law and Legal Practice*. Citado por García Cantero, Gabriel, “Cien años de derecho comparado (del Congreso de París de 1900, al de Nueva Orleans del 2000)”, *Actualidad Civil*, Madrid, núm. 24, 10 al 16 junio de 2002, p. 809.

daría un mejor resultado a una determinada situación;¹¹ además, cuanto más se profundiza en sistemas jurídicos extranjeros más se relativiza nuestro propio derecho y se relativizan, asimismo, los chauvinismos en los que podemos incurrir.

- *Como medio para la codificación, uniformación transnacional del derecho* —y nosotros agregaríamos, la comparación como medio para la globalización y/o integración del derecho—. Plantear una codificación a nivel internacional no es, verdaderamente, una tarea fácil. La doctrina encuentra dificultades de tipo histórico, económico, jurídico y teórico o doctrinal¹² que se pueden referir por ejemplo a la posición en la que los Estados no son partidarios, en muchas ocasiones, de “ceder soberanía” a legislaciones foráneas, o bien cuestiones de *hard law* o simplemente pueden ser razones de tipo práctico en las que influye, el excesivo tiempo que transcurre entre la adopción de los instrumentos internacionales y su incorporación a los sistemas jurídicos internos, amén de otras que analizaremos seguidamente. Tenemos, entonces, que para poder hablar, o tan sólo para poder plantear una codificación a nivel internacional haría falta conseguir: 1) un lenguaje jurídico uniforme, un lenguaje que tenga incluida una misma terminología jurídica; 2) además, soslayado el primer punto, habría que arbitrar una interpretación y aplicación uniforme ya que los órganos jurisdiccionales de cada país pueden interpretar un derecho uniformado de manera completamente distinta, obedeciendo a su propia formación jurídica y a los principios informadores de su ordenamiento jurídico; 3) asimismo, la doctrina señala, por otra parte, que la codificación internacional necesita circunstancias sociológicas-históricas favorables, ya que en momentos de crisis económica, política, social, etcétera, es difícil potenciar un ideal codificador, globalizador; y 4) por último, pero sólo por acotamiento, no porque se acabe el listado de los problemas que surgen

11 “La comparación nos muestra que, existen varios caminos para alcanzar determinado fin en el derecho, y que no debemos pensar que nuestra propia solución por ser aniana tiene un privilegio indiscutible de ser preferida a otras. No hay que tener miedo al cambio si la comparación con otros sistemas jurídicos nos muestra que hay soluciones alternativas”, Margadant, Guillermo F., *op. cit.*, nota 4, p. 5.

12 Véase en el ámbito mercantil los comentarios realizados en Fernández de la Gándara, Luis y Calvo Caravaca, Alfonso Luís, *Derecho mercantil internacional*, 2a. ed., Tecnos, 1995, pp. 27-40.

con la codificación; una codificación internacional exige una técnica determinada para que tenga resultados favorables. La técnica actual es el convenio, acuerdo, protocolo, tratado o pacto —cualquiera de estas denominaciones es válida—, pero esta técnica supone una política legislativa, una voluntad política de codificación, en definitiva, actuaciones concretas de los diferentes gobiernos¹³ y ahí es donde realmente puede radicar la verdadera dificultad,¹⁴ a pesar

13 En Europa se pensó que la única manera de hacer posible una codificación eficaz sería estableciendo una Comunidad Económica Europea. Conseguían así, a través de sus convenios, unificar algunas materias pero no, por supuesto, todas.

Desde que se firma el Tratado Constitutivo en 1957, la CEE y Europa, en general, sigue buscando optimizar esfuerzos en su tarea “codificadora”, “unificadora”, “integradora”; de ahí las reformas importantes que se han producido con el Acta Única Europea en 1986; con el Tratado de la Unión Europea o Tratado de Maastricht, en 1992; y con la más reciente reforma con el Tratado de Amsterdam en 1997. Para más información sobre éste último se recomienda la lectura de González Martín, Nuria, “Europa: del Tratado de París al Tratado de Amsterdam”, en varios autores, *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 945-979. Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, “Estado y derecho en la era de la globalización”, en varios autores, *Estudios jurídicos en homenaje a Don Santiago Barajas Montes de Oca*, México, UNAM, 1995, pp. 218 y ss.

Véase, asimismo, el comentario que se hace con respecto a la importancia del derecho comparado, en cuanto a los intercambios económicos —Unión Europea— y la naturaleza transversal, a Cappelletti, Mauro, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo (Cuatro estudios de derecho comparado)*, traducción Héctor Fix-Fierro, México, Porrúa, 1993, pp. 14-16.

Por otro lado, no queremos dejar de expresar la opinión del profesor Fernández Rozas, cuando habla de la integración, al referirse al DIPr, como ordenamiento regulador de las situaciones privadas internacionales en relación con un sistema determinado, que tiende a producir en este ámbito “tres alteraciones de base: en primer término, genera una auténtica mutación de uno de los presupuestos básicos del DIPr. como es el fenómeno de «frontera»; en segundo lugar, al existir una marcada tendencia en cualquier proceso de integración hacia la unificación de legislaciones en el sector productivo, queda igualmente alterado el otro de los presupuestos de base de este ordenamiento: el del pluralismo de sistemas; por último, y habida cuenta que en todo proyecto de «derecho comunitario» suelen aparecer numerosas lagunas, la nueva entidad experimenta una tendencia a la codificación directa de ciertas materias del DIPr”. Fernández Rozas, J. C., “Derecho internacional privado y derecho comunitario”, *Revista de Instituciones Europeas*, 1990, pp. 785 y ss., especial pp. 785 y 786, citado por *id.*, “Orientaciones del derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, México, núm. especial, 2000, p. 15.

14 González Martín, Nuria, “Unión Europea: comentarios al proyecto de revisión de los tratados. Especial referencia a los derechos fundamentales y no discriminación”, *Re-*

del panorama actual ante la necesidad de potenciar una armonía, una puesta en común que pudiéramos denominar codificación, ante los procesos globalizadores e integradores que nos imbuje.¹⁵

- En ese mismo orden de ideas, la comparación se presenta *como ayuda para aclarar el elusivo concepto de “orden público”*.¹⁶ El derecho comparado también es esencial para el tratamiento adecuado del concepto de *orden público* en el derecho internacional privado. En ocasiones, un principio de origen extranjero indicado por las reglas de conflicto del foro puede resultar a tal grado perturbadora del *ordre public* de éste que no se le puede aplicar; sin embargo, para comprobar la validez de lo anterior, hay que comparar el principio de origen extranjero y el equivalente más cercano en el sistema nacional.¹⁷
- También la utilidad de la comparación se plasma *como instrumento para crear una ciencia jurídica*,¹⁸ y concretamente una ciencia social; al decir de Merryman, “El supuesto fundamental es el de que el sistema jurídico constituye parte integrante de la sociedad y que el cambio social producirá a menudo, si no es que siempre, un cambio correspondiente en el sistema jurídico (los cambios jurídicos no originan los cambios sociales, sino al revés)”,¹⁹ en ese sentido el propósito, continúa Merryman, inmediato del derecho comparado es describir y explicar las correlaciones interesantes que se dan entre

vista de Derecho Privado, México, McGraw-Hill, año 8, núm. 23, mayo-agosto 1997, pp. 119 y 120.

15 Garro, Alejandro M., “Armonización y unificación del derecho privado en América Latina: Esfuerzos, tendencias y realidad”, *España y la codificación internacional del Derecho Internacional Privado*, Terceras Jornadas, pp. 346 y ss.

16 Tal y como manifiesta Aguilar Benítez de Lugo, Mariano, “La familia en los Convenios de La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLV, 1993, 1, p. 28, “los Convenios de La Haya defienden una concepción restrictiva del orden público, exigiendo como requisito para su intervención la existencia de un cierto grado de contradicción entre ordenamientos jurídicos, que se cuantifica o mide con base en la noción de «manifiesta incompatibilidad» del derecho extranjero en el foro”.

17 Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *op. cit.*, nota 5, p. 9.

18 Margadant, Guillermo Floris, *op. cit.*, nota 4, pp. 4-10.

19 Merryman, John Henry, “Fines, objeto y método del derecho comparado”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año IX, núm. 25-26, enero-agosto de 1976, p. 88. Asimismo, véase del mismo autor, el interesante artículo “Modernización de la ciencia jurídica comparada”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XVI, núm. 46, enero-abril de 1983, pp. 67-92.

ciertos tipos de cambio social y ciertas formas de cambio jurídico.²⁰ Si entendemos que la ciencia del derecho comprende no sólo las técnicas de interpretación de los textos, los principios, las reglas y las normas de un sistema nacional, sino también el descubrimiento de modelos para prevenir o resolver conflictos sociales, entonces el método del derecho comparado puede brindar una gama de soluciones mucho más amplia que una ciencia consagrada a un solo país.²¹ Como en todas las ciencias, la meta primordial del derecho comparado es, en definitiva, el conocimiento;

- Por último, la utilidad se concreta en un mejor estudio de las diferentes familias jurídicas existentes, tratando de extraer la esencia de cada una de ellas, en un caso particular, y así poder analizarlo y compararlo con nuestro ordenamiento interno. Ni que decir tiene que resulta más práctico estudiar familias jurídicas que han sido definidas por sus elementos comunes que estudiar, separadamente, todos los países que han sido, hasta la fecha, reconocidos internacionalmente.

Los más destacados internacionalistas y comparativistas han estimado oportuno crear un sistema clasificatorio de los diferentes ordenamientos jurídicos existentes en el mundo y encuadrarlos en cuatro o cinco grandes familias jurídicas;²² según el sistema clasificatorio escogido, estás

²⁰ *Idem.*

²¹ Zweigert, Honrad y Kötz, Hein, *op. cit.*, nota 5, pp. 16 y 17.

²² En esta ocasión no vamos a entrar en el análisis de un tema muy discutido en torno a la clasificación que versa y engloba a la tradición jurídica de occidente que expresa, lo decimos de una manera escueta, que no es posible una comprensión total de la familia jurídica romano-germánica sin una referencia a la tradición de la familia jurídica del *common law*, dadas sus similitudes, de una parte, que provienen de una atenuación de las diferencias que dividen los ordenamientos del *common law* y del *civil law* o romano-germánica, y de una matriz cultural común que permite hablar de una tradición que engloba a ambas familias para así constituir la “tradición jurídica de occidente”, según lo ha puesto de relieve la ya clásica obra de Harold J. Berman; dicha matriz cultural se refiere a la concepción que distingue justamente al derecho occidental de los derechos no occidentales. Berman, Harold J., *La formación de la tradición jurídica de occidente*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996. Asimismo, véase Fernández Barreiro, A., *La tradición romanística en la cultura jurídica europea*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1992; Pizzorusso, Alessandro, *Curso de derecho comparado*, traducción Juana Bignozzi, Barcelona, Bosch, 1954, entre otros.

son: familia jurídica romano-germánico;²³ familia jurídica del *common law*, familia jurídica socialista; familia jurídica religiosa y sistemas híbridos o mixtos.

Esta labor de clasificación nos facilita, por ejemplo, analizar “en bloques”, los aspectos más destacables o sobresalientes de cada familia jurídica y extraer conclusiones que contribuyan al mejor entendimiento del por qué operan de una determinada manera cada una de las familias jurídicas; ello sin mencionar, la importante práctica actual, en el área de derecho internacional privado, en el que se necesita interactuar con diferentes sistemas jurídicos en materia, por ejemplo, de derecho del comercio internacional, comercio electrónico, etcétera²⁴.

El repaso por las diferentes propuestas clasificatorias de los sistemas jurídicos contemporáneos, nos revela que estamos asistiendo, en el siglo XXI, a cambios “copernicanos” que se deben, sin lugar a duda, a fenómenos como la globalización, la mundialización y/o integración.

En definitiva, sabemos que un éxito legislativo no es exclusivo de un Estado en particular, la comparación, el método comparativo, nos sirve para, en principio, estudiar otras realidades diferentes en las que tengamos un punto de partida común, y si ha habido un avance, un logro para

23 En realidad, son muchas y variadas las denominaciones que recibe la familia jurídica romano-germánica. Hay un sector doctrinal que la denomina *civil law*, por contraposición al *common law*; otro sector la denomina sistema continental, por contraposición, asimismo, al sistema insular representado, en el continente europeo, por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte; otra denominación sería romano-canónico; también se denomina grupo francés, denominación ésta utilizada por René David; sistema romanístico, empleada, fundamentalmente, por los italianos; romano-cristiano, que muestra la filiación genética romana y la inspiración cristiana que caracteriza a este grupo de derechos; sistema neorrománico, como la denominación más actual, o simplemente romano-germánico como determinamos denominarlo nosotros. Véase al respecto De Cruz, Meter, *Comparative Law*; Castán Tobeñas, José, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, 2a. ed., Madrid, Reus, 1957, p. 5; Iglesias González, Román, *La familia romano-canónica*, tesis de maestría, Universidad Iberoamericana, 1999.

24 A modo de ejemplo, recientemente, en las XX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, sobre “Globalización y comercio internacional”, celebradas en la Universidad de Jaén, durante los días 25 y 26 de septiembre de 2003, se presentaron comunicaciones con títulos tan sugerentes como: “Los principios generales y el derecho del comercio internacional”, “La compensación de créditos en los procedimientos de insolvencia desde la perspectiva del derecho internacional privado”, “Las cartas de intención en el comercio internacional”, “La vulneración de los derechos de autor en el comercio electrónico”.

solventar una laguna legal, pues adoptarla y , sobre todo, adaptarla a nuestra realidad.²⁵

Muchas de las críticas de los detractores del análisis comparativo, de aquellos que consideran que la comparación no es un área de conocimiento del derecho, sino tan sólo un método y bastante deficiente,²⁶ es el

25 Pero no olvidemos, y así lo subrayamos anteriormente, que una cosa es ofrecer visiones concisas pero panorámicas y simplificadas del sistema jurídico de un país determinado y otra, realizar análisis comparativo.

Implementar un éxito legislativo precisa de un análisis, en primera instancia, de las diferencias culturales, tradiciones, itinerario, proyección de la realidad donde se pretende plasmar. Se debe de establecer un “baremo” y éste se acomoda a cada circunstancia y no al revés.

Es cierto que las fases o secuencias que congrega un análisis comparativo no son fáciles de realizar, pero precisamente su realización exitosa determinará que una vez estudiados, minuciosamente, los problemas jurídicos en diferentes ámbitos y sus medios de solución, se podría ubicar —la solución— en el contexto del Estado que las pretenda implementar.

Si eligiéramos uno de los comparativistas que, hoy por hoy, más influencia han tenido en el ambiente jurídico comparado, tendríamos que destacar a Mauro Cappelletti, e independientemente de que podamos estar totalmente de acuerdo o no, con su secuencia de fases a seguir o con la idoneidad de todas y cada una de las fases que nos enumera para realizar análisis comparativo; en lo que sí debe de haber consenso es en su razonamiento lógico. De esta manera, tenemos que según Cappelletti:

— La primera fase del derecho comparado consiste en ubicar un punto de partida común (*tertium comparationis*), un problema o una necesidad social real que comparten dos o más países a los cuales se quiere aplicar el análisis comparativo;

— Una segunda fase, consistiría en encontrar las normas, instituciones, procesos jurídicos con los que los países examinados han intentado resolver el problema/necesidad, en definitiva, buscar soluciones jurídicas del problema;

— La tercera fase, pretende encontrar razones que puedan explicar las analogías, pero sobre todo, las diferencias en las soluciones adoptadas en respuesta a un mismo problema: razones históricas, sociológicas, éticas, etcétera;

— La cuarta fase, consiste en la investigación de las grandes tendencias evolutivas;

— En la quinta fase se trata de evaluar las soluciones adoptadas, en cuanto a su eficacia o ineficacia, en la resolución del problema/necesidad de la cual ha arrancado la investigación;

— La sexta y última fase para Cappelletti, sería una cuestión de predicción de desarrollos futuros. Diferimos de esta última etapa ya que el comparativista no debe ser “profeta”, la ciencia jurídica es, precisamente eso, ciencia, basada en la razón, en la secuencia lógica de sucesos que deben de interpretarse, pero no se trata, sin lugar a dudas, de vaticinios.

Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 13, pp. 19-26.

26 En contra tenemos opiniones de ilustres juristas que como Biscaretti di Rufia, nos aclara que, por ejemplo, el derecho constitucional comparado se dirige, a través del llamado método comparativo, a cotejar entre sí las normas y las instituciones consagradas en

argumento de que siempre que se trata de realizar un estudio basado en la comparación, los juristas extrapolan una solución jurídica a una realidad diferente, sin el acomodo o adaptación necesaria. En este sentido, podemos decir que, el derecho comparado es un método de aproximación, no de imitación acrítica, a algún aspecto de uno o varios derechos extranjeros.²⁷

III. LA COMPARACIÓN COMO MEDIO PARA LA CODIFICACIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Detengámonos en el punto en el que hacíamos referencia a la utilidad de la comparación como medio para la codificación o unificación del derecho,²⁸ y realicemos un recorrido que inicie en los antecedentes de la codificación y que finalice en el análisis de cada uno de los cuatro puntos que anotábamos más arriba.

De esta manera, como antecedente más inmediato, tenemos que el primer intento clasificador de los sistemas jurídicos se dio en París, en 1900 en el Primer Congreso Internacional de Derecho Comparado, donde los más ilustres comparativistas del momento, se abocaron a dar su propues-

los diversos ordenamientos... con el propósito de poner en evidencia sus notas similares o diferenciales para así alcanzar la determinación posterior de principios y reglas que encuentren una efectiva aplicación en los ordenamientos citados. Es precisamente la última fase de construcción y elaboración doctrinal la que permite transformar, lo que a primera vista aparece como un estricto método de investigación, en una verdadera y propia ciencia jurídica autónoma. Biscaretti di Ruffia, Paolo, Introducción al derecho constitucional comparado. Las “formas de Estado” y las “formas de Gobierno”. *Las Constituciones modernas* (traducción de la 6a. italiana y “Estudio preliminar” de Héctor Fix Zamudio), México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 13.

27 Zárate, José Humberto *et al.*, *op. cit.*, nota 4, p. 2.

28 Sobre la unificación del derecho internacional privado y los orígenes en América y Europa recomendamos la lectura de González Campos, Julio y Borrás, Alegría (coords.), *Recopilación de Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (1951-1993)*, traducción al castellano, Madrid, Marcial Pons, pp. 8 y ss. Véase, asimismo, Fernández Arroyo, Diego P., *La codificación del derecho internacional privado en América Latina*, Madrid, 1994, pp. 73 y ss.; Operti Badán, Didier, “La codificación del derecho internacional privado: análisis comparativo de la labor realizada por la conferencia de derecho internacional privado de la haya y por la CIDIP”, *España y la codificación internacional de derecho internacional privado*, pp. 261 y ss.

ta clasificatoria de los sistemas jurídicos del mundo.²⁹ En tal evento se trataron de resolver numerosas incógnitas con respecto a las maneras de conseguir un mejor conocimiento del derecho nacional propio, del conocimiento de otros derechos y el intento de unificación de ellos;³⁰ de la denominada universalización de los derechos, esa pretendida acción en búsqueda de un llamado “derecho común del mundo” (*droit común de l’humanité*)³¹ que realizó sus primeros intentos la Sociedad de Naciones, y que quedó frustrado, definitivamente, tras la Segunda Guerra Mundial.

Los primeros intentos clasificatorios de los sistemas jurídicos no destacan por su idoneidad, acercamiento o proyección; siempre es difícil realizar el primer paso en una investigación de tal calibre. El hecho de tener propuestas de clasificación era ya un buen punto de partida para los sucesivos comparativistas que se abocaran a dicha tarea clasificatoria; es la consabida y subsecuente retroalimentación para así avanzar en aquellas cuestiones en las que no había unanimidad o, simplemente, que no había suficientes razones que constituyeran un buen fundamento o razonamiento.

Los distintos comparativistas o internacionalistas tales como Esmein, Asser, Bryce, Taylor, Sarfatti, Clovis Bevilacqua, Martínez Paz, Saurse Hall, René David, Roca Sastre, Solá Cañizares, Silva Pereira y un largo etcétera, utilizaron una diversidad de criterios de clasificación, entre los que se encontraban desde la situación o criterio geográfico, lengua, clima, raza, y/o historia hasta el ideológico o morfológico;³² todos ellos con variedad de cuestionamientos no del todo atinados.

El criterio asumido por una doctrina importante, siguiendo a René David,³³ fue asumir una propuesta clasificatoria que desdeñara los criterios citados como, por ejemplo, la lengua, la raza, etcétera y atender, exclusivamente, a la “unidad cultural”; en donde la base primordial de clasificación la proporcione las coincidencias de civilización y cultura. Según

29 En torno al tema de la gestación y desarrollo del Congreso de París de 1900, protagonizado por Saleilles, Lambert y Pollok, recomendamos la lectura de Jamón, “Le vieux rêve de Saleilles et Lambert révisité”, *RICD*, 2000, pp. 273 y ss.

30 Iglesias González, Román, *op. cit.*, nota 23, p. 13. Véase González Martín, Nuria, *op. cit.*, nota 3, pp. 629 y ss.

31 Derecho común del mundo, siempre refiriéndose al mundo civilizado y éste, por supuesto, refiriéndose a occidente.

32 Para más información véase Castán Tobeñas, José, *op. cit.*, nota 23, pp. 6-18.

33 David, René, *Tratado de derecho civil comparado (Introducción al estudio de los derechos extranjeros y método comparativo)*, Madrid, sin editorial, 1953, p. 215.

René David, los derechos se oponen unos a otros porque traducen concepciones distintas de la justicia, concepciones distintas de la filosofía o, simplemente, porque tienen estructuras políticas, económicas o sociales diferentes. Por consiguiente, la clasificación de los derechos debe hacerse ante todo teniendo en cuenta su unidad cultural, su base filosófica y la concepción de la justicia³⁴ que se esfuerzan en realizar. Aquellas afinidades y elementos comunes aludidos que caracterizan a un determinado sistema jurídico, para encuadrarlo dentro de una familia jurídica, bien pudieran ser: una historia, una tradición en común, en cuanto a la formación y características que debe tener la norma jurídica, evolución histórica de las normas;³⁵ una filosofía, una concepción de los valores comunes, rectores de una determinada comunidad; y un orden de prelación de las fuentes del derecho, asimismo, común.³⁶

Los beneficios más directos que depara el derecho comparado se pueden enumerar de la siguiente manera: 1) como instrumento para el legislador; 2) como herramienta de construcción; 3) como elemento de los programas universitarios; 4) como contribución a la unificación sistemática del derecho; 5) y en el momento actual por el que atraviesa Europa ante una “Constitución europea”, al desarrollo de un derecho privado aplicable en todos los países de Europa.

1. *Un lenguaje jurídico uniforme*

Adelantábamos que para la consecución de una codificación debíamos superar una serie de pautas y la primera es, precisamente, un lenguaje jurídico uniforme. Al referirnos a un lenguaje jurídico uniforme, un lenguaje que tenga incluida una misma terminología jurídica, visualizamos, inmediatamente, a un país o países que pertenecen a una misma familia jurídica con un mismo grado de desarrollo y concepción política, en la cual se podría dar, con cierta facilidad, esa conjunción de uniformidad y enten-

34 Hay autores que descartan introducir diferentes criterios de clasificación como son conceptos característicos empleados por el sistema, metodología operante de los juristas dentro del sistema legal y los principios que lo inspiran, o sea, fundamentación filosófica, económica o política, Sirvent Gutiérrez, Consuelo *et al.*, *op. cit.*, nota 4, p. 6.

35 Incluso pudiéramos añadir la forma en la que se concibe la enseñanza de esa norma, la forma de crear esa norma o el marco espacial o temporal donde se aplica la norma.

36 Fernández-Rozas, José Carlos, “La unificación del derecho mercantil internacional en los procesos de integración económica: la experiencia europea”, *Diario La Ley*, año XXIV, núm. 5860, martes 30 de septiembre 2003, <http://www.laley.net>.

dimiento entre ordenamientos jurídicos que pertenecen a un mismo sistema jurídico.³⁷

Una cuestión diferente se plantea cuando se pone en conexión a dos sistemas, dos ordenamientos jurídicos con tradiciones jurídicas diferentes como bien pudiera ser países que pertenecen a la familia jurídica del *Common Law* y países que pertenecen a la familia jurídica religiosa, con un sistema de creación del derecho distinto y la consecuente diferencia de pensamiento y expresión jurídica que, sin lugar a duda, dificulta la adopción de una norma común.³⁸ De hecho, en sintonía con lo descrito, vemos cómo los avances en torno a la metodología en la enseñanza del DIPr³⁹ en

37 Hay un sector doctrinal que opina que el método comparativo, para ser aplicado con fruto, debe utilizarse en el interior de la misma familia de sistemas jurídicos. García Cantero, Gabriel, *op. cit.*, nota 7. Pensamos que dada la interactuación entre ordenamientos jurídicos pertenecientes a familias jurídicas diversas, verbigracia, Estados Unidos de América/México, Reino Unido/Francia, no es ésta la regla.

38 Graveson, R.H. “L’entendue du domaine de l’unification du droit”, *Revista Internacional Derecho Comparado*, 1964, p. 11; Chaveau, P., “Des Conventions portant loi uniforme”, *J.D.I.*, 1956, p. 582 citado por Campuzano Díaz, Beatriz, *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías*, Sevilla, Secretariado de Publicaciones. Universidad de Sevilla, 2000, p. 33. Palazón Garrido, María Luisa, “Importancia de la tensión «Civil Law-Common Law» en la elaboración de los principios de derecho contractual europeo”, en Sánchez Lorenzo, Sixto y Moya Escudero, Mercedes (eds.), *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado con Europa*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 293 y ss.

39 Si consiguiéramos establecer en las escuelas y facultades ubicadas dentro del sistema romano-germánico, que a la vez son parte de la tradición jurídica de occidente junto a los sistemas del *common law*, un sistema de enseñanza universitaria de derecho comparado como parte de conocimiento que dispensan las Facultades tendríamos un sistema en sintonía con las demandas actuales ante la aparición de organizaciones supraestatales que han dado origen a un nuevo derecho que, de facto y de iure, se superpone al interno. Una de las experiencias más innovadoras en este campo la proporciona la Universidad de Trieste, cuyos estudiantes de giurisprudencia pueden optar entre cursar íntegramente la carrera bajo la perspectiva comparativa, o hacerlo de modo ordinario, en el que encontrarán asignaturas generales y especiales de derecho comparado. Pero existen otras vías; así la utilizada desde 1995 mediante el denominado Global Law School Program de la Universidad de Nueva York, consiste en invitar a profesores extranjeros a dispensar a los alumnos norteamericanos cursos anuales sobre su derecho nacional; son, además, bastantes los acuerdos entre diversas Universidades para conceder la doble licenciatura, como entre Cambridge y París, Gröningen y Bremen, Madrid-Complutense y París-1. Quizá la Universidad canadiense de McGill, radicada en Montreal, podría decirse que se encuentra en un lugar privilegiado a estos fines, pues aunque radica en la provincia de Québec, desde hace bastantes años ofrece enseñanza jurídica en ambos idiomas y a partir de 1998 ha iniciado un nuevo programa en el que de modo simultáneo se enseña el *civil law* y el *com-*

una época de dinamismo y movilidad social, se le da un énfasis especial a los esfuerzos para obtener una mayor unificación soluciones más armónicas, en un mundo cada vez más interdependiente y globalizado.⁴⁰ La existencia de múltiples sistemas jurídicos es propicio para que dos o más ordenamientos jurídicos puedan convergir en una misma solución concreta.⁴¹

Todo ello sin contar con el problema añadido, y lógico, que conlleva el interactuar con países con idiomas distintos y la redacción de las normas en varios idiomas con la consecuente y comentada complicación de entendimiento y expresión de conceptos jurídicos.⁴²

2. *Una interpretación y aplicación del derecho uniforme*

Al hablar de codificación, de unificación, partimos de la idea de que ésta debe realizarse desde la disposición o actitud a cooperar entre los Estados y que esta disposición no debe verse obstaculizada por motivos políticos y/o jurídicos.

En la negociación internacional siempre se debe ser prudente para así no crear un excesivo compromiso, asociado éste siempre, en primer lu-

mon law; de manera similar tres años antes la Universidad de Maastricht había iniciado cursos conjuntos, abarcando la materia de los derechos reales, contratos, responsabilidad civil, derecho penal y derecho público, y teniendo en cuenta el derecho inglés, alemán, francés, holandés y europeo. García Cantero, G., *op. cit.*, nota10, pp. 816 y 817.

40 Tal y como manifiestan Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, *op. cit.*, nota 13, p. 218. “Una primera aproximación, puramente intuitiva, nos podría sugerir que la «globalización del derecho» es el término que designa el proceso que conduce a la uniformación y, en última instancia, a la unificación del derecho en todo el mundo”.

41 Siqueiros, José Luis, “Actualización de la metodología en la enseñanza iusprivatista”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 29, 1999, pp. 478 y 479.

42 La aplicación del método comparativo presupone el conocimiento de lenguas extranjeras. La regla debería ser que cada legislación extranjera debe ser consultada en el idioma en que ha sido promulgada y dada la dificultad que entraña esta posibilidad, hay que acudir a traducciones oficiales y/o acreditadas que requiere del traductor el dominio de ambos idiomas y , además, el conocimiento suficiente de cada derecho. Si quisiéramos traducir como contrato, al *contract* en francés, *contratto* en italiano, *contrato* en portugués y *contract* en inglés, éste último tiene un significado parcialmente diferente o sin ir más lejos, los términos, tangencialmente diferente, en español e inglés de jurisprudencia y Jurisprudence, jurisprudencia y filosofía del derecho, respectivamente. Véase al respecto Álvarez Rubio, Juan José, “La interpretación y la traducción de las normas convencionales en el marco de la cooperación jurídica internacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. 0, 2000, pp. 225-229.

gar, con una pérdida o cesión de soberanía y libertad jurídica⁴³, y en segundo lugar, con la adopción de posturas poco colaboracionistas que parte de que las propias soluciones son las más acertadas y se quieren proyectar por tanto al plano internacional.⁴⁴

Si partimos de la base de que existe ese ánimo de colaboración, el siguiente paso tendría que ser, precisamente, la búsqueda de una interpretación y aplicación del derecho uniforme, arbitrar una interpretación y aplicación uniforme ya que los órganos jurisdiccionales de cada país pueden interpretar un derecho uniformado de manera completamente distinta, obedeciendo a su propia formación jurídica y a los principios informadores de su ordenamiento jurídico,⁴⁵ lo cual puede llevar, por ejemplo, a distintos países a realizar interpretaciones divergentes de un acuerdo, desvirtuándose con ello su contenido material.⁴⁶

43 Batiffol, H., “Le pluralisme des méthodes en droit international privé”, *R.C.A.D.I.*, 1973-II; Matteucci, M., *Les dispositions uniformes sur la représentation analysées sous l’aspect méthodologique*, pp. 179 y 180; David, R., *Le droit du commerce international, réflexion d’un comparatiste sur le droit international privé*, París, Económica, 1987, p. 5.

44 Eorsi, G., “Problems of Unifying Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods”, *A.J.C.L.*, 1979, p. 315 citado por Campuzano Díaz, Beatriz, *op. cit.*, nota 38, p. 34.

45 Lo que pudiera considerarse como un localismo excesivo que siempre entorpece la armonización e interpretación con criterios propios de los instrumentos internacionales ya que los juristas y jueces tienden a aplicar y entender los conceptos contenidos en los mencionados instrumentos con criterios de derecho interno que no atienden a las particularidades de las transacciones internacionales. Reforzamos, en este sentido, que las fuentes tradicionales para la unificación del derecho contemplan al derecho estatal. El artículo 1o. 6 Unidroit establece la necesidad de superar al derecho estatal pero no se puede prescindir de él, otra cuestión diferente es que cada Estado trata de aplicar su propio derecho porque es el que conoce y esa es una tendencia generalizada.

46 Sentencia del Tribunal de Casación francés del 4 de marzo de 1963 (caso Hocke), en la que se recurrió a la norma de conflicto para que determinara qué interpretación de la unificación ginebrina debía aplicar. No olvidemos que a nivel universal no existe un órgano que realice interpretaciones vinculantes, a diferencia del ámbito comunitario, donde el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas juega un papel fundamental en la interpretación del derecho uniforme generado en el ámbito de los Estados miembros, constituyendo un instrumento inapreciable para la plena eficacia del propósito codificador. Fernández Rozas, J. C., “Consideraciones en torno a la relevancia del derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor A. Menéndez, derecho civil y derecho público*, Madrid, Civitas, 1996, p. 5236 citado por Campuzano Díaz, B., *op. cit.*, nota 38, p. 38. Oviedo Albán, J., “Unidroit y la unificación del derecho privado: referencia a los principios para los contratos comerciales internacio-

Prueba de la buena disposición de los diferentes interlocutores que intervienen en este proceso de unificación es precisamente que ante este tipo de situaciones, en los Convenios se ha impuesto el establecer un artículo señalando que en la interpretación de sus disposiciones se tenga en cuenta su carácter internacional, y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación.

Así, la unificación conflictual es importante porque con ella se aporta mayor seguridad jurídica, por ejemplo, a las transacciones internacionales. Al disponerse en los distintos países de un mismo sistema de normas de conflicto, resulta indiferente que sean competentes los tribunales de un país u otro, pues no variará el derecho aplicable al fondo; se lucha por la armonía internacional de soluciones, y se beneficia la previsibilidad del derecho material aplicable.⁴⁷

3. *Panorama sociológico-histórico favorable*

La doctrina señala, por otra parte, que la codificación internacional necesita circunstancias sociológicas-históricas favorables, ya que en momentos de crisis económica, política, social, etcétera, es difícil potenciar un ideal codificador, globalizador.

El impulso dado por la Sociedad de Naciones en dirección a la creación de un “derecho común para la humanidad”, rápidamente quedó paralizado debido a que las guerras mundiales destruyeron por completo la fe en un derecho mundial. Se dieron prioridades a otras necesidades inminentes entre las que no se encontraba, precisamente, la búsqueda de la armonía jurídica, la unificación del derecho a nivel mundial. La reconstrucción europea, en todos los niveles, no sólo político, económico o social, tenía preferencia.

En otros ámbitos la historia se repite, ante situaciones que no favorecen los ideales integradores, globalizadores, no surte efecto ninguna pretensión. América Latina ha tenido que esperar condiciones de estabilidad política y económica propicias para poder avanzar en su propia armoni-

nales”, en Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Blanco-Morales Limones, Pilar (coords.), *Globalización y derecho*, Madrid, Colex, 2002, p. 418.

⁴⁷ Remiro Brotons, A., *Regla de conflicto y normas materiales de derecho internacional privado*, p. 633.

zación del derecho con la ayuda también de modelos novedosos de regionalismos abiertos.⁴⁸

En América Latina los intentos de integración han cruzado por un problema político que se escinde en dos vertientes: 1) La falta de una auténtica voluntad política; 2) no continuidad en los propósitos como consecuencia de la inestabilidad y los breves periodos en los que un Estado se suceden diversos gobiernos con alternativas distintas.⁴⁹

4. *Una técnica jurídica adecuada*

Si se ha conseguido la unificación superando cada uno de los puntos expuestos, nos queda aún una tarea de gran envergadura que se manifiesta en encontrar una técnica jurídica adecuada.

Así, decíamos que una codificación internacional exige una técnica determinada para que tenga resultados favorables. La técnica actual es el convenio, acuerdo, protocolo, tratado o pacto, como se le quiera denominar, pero esa técnica supone una política legislativa, una voluntad política de codificación,⁵⁰ en definitiva, actuaciones concretas de los diferentes gobiernos. Para evitar, en la actualidad, todos estos inconvenientes, se pro-

48 La integración de las economías de América Latina es una aspiración que comenzó a manifestarse en la década de los cincuenta y a ponerse en practica en la de los sesenta a partir del postulado siguiente: que la integración es una vía de solución para los problemas económicos por todo lo que contribuye a reforzar un poder único de negociación frente a los países más desarrollados en el marco del comercio internacional. En América Larina se dió una importante reducción del papel del Estado, Fernández-Rozas, José Carlos, “Los modelos de integración en América Latina y el Caribe y el Derecho Internacional Privado”, *Actas de las XVIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid, BOE, 2000, p. 165; Echezarreta Ferrer, Ma. Teresa, “La incidencia de la intervención estatal en la actual configuración del derecho privado (especial referencia al derecho internacional privado)”, *Revista General de Derecho*, Madrid, octubre-noviembre de 1989, pp. 6371-6414.

49 Fernández-Rozas, José Carlos, *op. cit.*, nota 48, p. 183.

50 Tal y como nos comenta la profesora Beatriz Campuzano,: “En el terreno político, los países socialistas y en vías de desarrollo se han quejado tradicionalmente de que los países con economía de mercado o más poderosos —económicamente atendiendo a los diferentes puntos de vista—, imponían o al menos trataban de imponer sus normas. Esto les llevaba a renunciar desde un principio a vincularse por un determinado texto internacional, argumentando que las disposiciones uniformes que se crean no son un mero instrumento técnico-normativo, sino que pueden reflejar una determina concepción política, o adaptarse a un concreto nivel de desarrollo económico”, en Campuzano Díaz, Beatriz, *op. cit.*, nota 38, p. 33. Eorsi, G., “Regional and Universal Unification of the Law of International Trade”, *J.B.L.*, 1967, p. 149.

duce un mayor recurso a otros métodos más flexibles de unificación.⁵¹ Nos referimos a las técnicas de armonización, aparte de lo que puede llamarse “convergencia natural”, dictada por la semejanza de problemas, cultura e intereses y por los crecientes contactos entre los países,⁵² éstas técnicas de armonización pueden ser, principalmente, las siguientes: 1) Convenciones internacionales;⁵³ 2) en los países federales, un instrumento de armonización consiste en la propuesta de legislación uniforme para los diversos Estados miembros; 3) pueden revestir formas vinculantes, como en los Estados federales, o en algunas organizaciones como la Unión Europea, las leyes federales o comunitarias (transnacionales) pueden ser vinculantes para los Estados miembros; 4) una última técnica de armonización, es la de la recepción, o si se quiere, del “trasplante”.

El convenio es la vía usual, pero quizás la más rígida y que provoca mayores reticencias por parte de los Estados, de ahí que haya surgido la

51 Goode R., “Reflections on the Harmonisation of Commercial Law”, *R.D.U./U.L.R.*, 1991, p. 57, señala que hay al menos nueve métodos para conseguir la armonización, distinguiendo entre la actividad del Estado y de los particulares. Por lo que respecta al Estado: convenio multilateral sin ley uniforme anexa, un convenio multilateral con una ley uniforme anexa, un grupo de tratados bilaterales, legislación comunitaria y leyes modelo. Y en el marco de la actividad privada: codificaciones de usos o costumbres, términos comerciales internacionales, contratos modelo o condiciones generales de contratos, y restatements elaborados por profesores y expertos.

52 Al decir del profesor Aguilar Benítez de Lugo, el método adoptado por la Conferencia de La Haya, a partir de la Segunda Guerra Mundial, ha consistido en la elección de temas precisos, concretos, claramente delimitados, dotados de suficiente grado de unidad y autonomía, cuya importancia práctica, por razones económicas, sociales o humanitarias, y alto índice de unificabilidad, lo hacían aconsejable, Aguilar Benítez de Lugo, Mariano, “La cooperación internacional como objeto del Derecho Internacional Privado”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1991, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, p. 183; Viñas Farre, Ramón, *op. cit.*, nota 2.

53 Por ejemplo, el Consejo de Europa ha promovido numerosas convenciones, de las cuales la más importante sigue siendo la Convención Europea de los Derechos del Hombre, en vigor desde 1953; la Organización de los Estados Americanos (OEA) ha promovido, en forma análoga, la Convención Americana de Derechos Humanos, en vigor desde 1978; la Organización para la Unidad Africana (OAU) ha promovido la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, en vigor desde 1986; también la Comunidad Europea, sobre la base del artículo 220 del Tratado de la CEE, promovió en 1968, la Convención sobre la jurisdicción y sobre la ejecución de las sentencias civiles y comerciales, en 1968. Estas convenciones tienen un efecto de armonización pero los Estados son libres de adherirse o no. Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 13, pp. 37-39.

ley-modelo, que simplemente trata de servir de ejemplo orientativo a los legisladores nacionales.⁵⁴

La codificación del DIPr, a nivel nacional, tal y como nos comenta el profesor Siqueiros, a través de una ley especial parece ser una solución viable y tal vez óptima, para aquellos regímenes de derecho unitario que así solucionan las posibles dispersiones y falta de armonización en sus espacios internos, adecuando la nueva reglamentación a las corrientes más modernas en el derecho convencional y adoptadas en foros regionales y universales dedicadas a esta temática.⁵⁵ No obstante, en los países

54 Los tratados multilaterales son muy difíciles de concertar y operar; además, sus resultados en el ámbito de la unificación del derecho son poco satisfactorios, por consiguiente, se diseñan formas alternativas de alcanzar ese objetivo, una de ellas podría ser la creación de leyes modelos, un método al que se ha recurrido con fines de unificación interna dentro del Commonwealth británico y, en particular, en los Estados Unidos de América. Zweigert, Honrad y Kötz, Hein, *op. cit.*, nota 5, pp. 27 y 29 y ss. Aguilar Benitez de Lugo, Mariano, *op. cit.*, nota 52, p. 187. Según Olivencia Ruíz, M., “La ley-modelo de arbitraje de UNCITRAL”, en XI Conferencia interamericana del arbitraje comercial. El arbitraje alternativa eficaz para la resolución de los conflictos mercantiles, la ley-modelo, Madrid 6 y 7 de octubre de 1992, p. 6, la ley-modelo es una técnica indirecta de unificación. Esplugues Mota, C., “La participación de España en la era codificadora de la CNUDMI (Uncitral)”, 3a. Jornadas de Derecho Internacional Privado: “España y la codificación internacional del Derecho Internacional Privado”, San Lorenzo de El Escorial, 13-14 de diciembre de 1991, Publicaciones Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, p. 88, expresa que se trata de una simple llamada a la conciencia de los Estados. Fernández Rozas, J. C., *op. cit.*, nota 46, p. 5214. Se refiere a la ley-modelo como *soft law*. Citado por Campuzano Díaz, Beatriz, *op. cit.*, nota 38, p. 35. Fernández Rozas, José Antonio y Sánchez Lorenzo, Sexto, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 2000, p. 61.

55 Son diversas las instituciones nacionales e internacionales que han sido creadas con el objeto de promover los estudios comparativos, así como la codificación y armonización del derecho, aspectos reflejados en sus estatutos, así, por ejemplo, tenemos, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), la nombrada Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (Uncitral), las Conferencias Especializadas de Derecho Internacional (CIDIPs), etcétera. En los Estados Unidos de América han de mencionarse, asimismo, los “Commissioners for Uniform State Law”, que elaboran, entre otros, “Model Uniform Codes”, que se invita a adoptar a los Estados de la Unión, y el “American Law Institute”, que desarrolla una tarea similar sobre el plano del derecho judicial o Case Law, en particular, elaborando los llamados “Restatements of Law”. McKeever, Kent, *Métodos para la investigación del derecho en Estados Unidos*, pp. 495 y ss. Corner Delaygua, Joaquín-J., “El proyecto del American Law Institute, «trans-national Rules of Civil Procedure»: La cooperación judicial”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. 0, 2000, pp. 275-284. González Campos, Julio D., *op. cit.*, nota 28, pp. 20 y 21.

cuyo derecho interno no permite la unificación nacional, las vías hacia la codificación y el desarrollo progresivo del DIPr tendrán que ser distintas y en buena medida corresponderá a los profesores y especialistas en esta disciplina el ir marcando las rutas para tales objetivos.⁵⁶

IV. A MODO DE CIERRE

Definitivamente con respecto al tema de la unificación del derecho,⁵⁷ debemos subrayar que en principio el fin político que subyace a dicha unificación es reducir o suprimir la discrepancias entre los sistemas legales nacionales, induciendo a estos a adoptar principios comunes, pero no nos equivoquemos, la unificación no puede alcanzarse simplemente invocando un derecho ideal respecto de cualquier tema y esperando que se le adopte.

La ventaja del derecho unificado reside en que facilita la realización de negocios legales en el plano internacional. Según el área que comprendan, las leyes unificadas previenen los riesgos inherentes a la aplicación del derecho privado internacional y del derecho sustantivo de origen extranjero, así el derecho unificado favorece la predicción y la seguridad.⁵⁸

Tenemos entonces que para la codificación del DIPr se necesita toda una serie de circunstancias propicias que hagan que este proceso sea efectivo. La continua búsqueda de un texto que satisfaga los intereses de todos⁵⁹ ha provocado la proliferación de instrumentos jurídicos que se

56 Siqueiros, José Luis, *op. cit.*, nota 41, p. 476.

57 La idea primigenia de la uniformidad fue sustituida sucesivamente por la armonización, que implicaba sólo un acercamiento y una aproximación entre distintas legislaciones, quizás por vías diferentes, pero no necesariamente se trataba de imponer la misma regla para todos. Véase el interesante artículo de García Cantero, Gabriel, *op. cit.*, nota 10, pp. 805-817, en esp. p. 814, así como *id.*, *op. cit.*, nota 7. Véase, asimismo, Pallarés, Beatriz y Aguzan, Laura, “El impacto de la evolución del derecho internacional en los programas de estudio de las facultades de derecho en Argentina”, *Jornadas de Derecho Internacional*, Washington, D.C., Organización Estados Americanos, 2002, pp. 438-441, en especial p. 442.

58 Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *op. cit.*, nota 5, pp. 26 y 27.

59 Los Estados tienen libertad para vincularse a través de convenios internacionales en general, aunque la práctica demuestra que siempre hay un límite geográfico que influye sobremanera, nos referimos a la preferencia y la tendencia que se da en la actualidad hacia la firma de acuerdos internacionales de ámbito regional. Se tiende hacia la unificación de ámbito regional.

Al decir de la profesora Beatriz Campuzano, a veces se quiere disponer de normas comunes en un ámbito reducido de Estados, porque existen entre ellos ciertas relaciones históricas o políticas, ejemplo ya típico de este fenómeno lo constituye la Unión Europea

superponen, en parte se sustituyen y algunos no llegan a entrar en vigor. Esto ha generado una cierta crítica al movimiento unificador, ya que si el objetivo es aportar certeza y seguridad jurídica, con tantos instrumentos se introduce un nuevo factor de confusión, al ser difícil saber cuáles están en vigor y cómo se coordinan entre sí.⁶⁰

En relación a la tan buscada armonización, se puede decir que existen tres “niveles” de armonización jurídica: 1) un primer nivel que se limita a unificar las normas sobre la jurisdicción, de manera que se eviten los conflictos en materia de jurisdicción y/o competencia de los tribunales de uno u otro país; 2) un segundo nivel es el de la armonización de las normas del derecho internacional privado, para prevenir conflictos concernientes a la pregunta de cual sea el país cuyo derecho es aplicable; y 3) un tercer nivel es el de la armonización del derecho sustantivo, de manera que, cualquiera que sea el tribunal competente o el país cuyo derecho debe aplicarse, el derecho mismo no presente diferencias.⁶¹

El proceso de unificación internacional del derecho privado no es un fenómeno que se caracteriza por ser estático. Fernández Rozas lo presenta como elemento de un momento histórico muy concreto, susceptible de variación en función de los procesos de globalización y regionalización ya típicos de la sociedad actual.⁶²

aunque también podemos señalar otros ejemplos como las unificaciones en el ámbito de los países escandinavos, véase Bagge, A., “L’unification du droit privé en matière de vente et de contrats auxiliaires à la vente internationale”, *Scritti di diritto internazionale in onore di T. Perassi*, vol. 1, Milán, Giuffrè, 1957, pp. 105-109; Hellner, J., “Unification of Sales Law at the Regional and International Level: a Scandinavian View”, *Aspects of Comparative Law*, Ziegel, J.S. Foster, W.F., Montreal, McGill University, Oceana Publications, 1969, pp. 90-109; Lebedev, C.H., “Unification des norms juridiques dans les rapports économiques internationaux”, *R.D.U./U.L.R.*, 1981, pp. 2-36; Szasz, I., *The CME Uniform Law for International Sales*, 2a. ed., Budapest, Martinus Nijhoff Publishers, 1985.

60 Los esfuerzos codificadores tanto a nivel regional como universal deben atender nuevas demandas o exigencias probando con ello una intensa transformación tanto en el objeto como en el método del derecho internacional privado. Hay la necesidad inaplazable de servir a las personas, bienes y valores, de la comunidad internacional, en los escenarios en que ello sea posible, abandonando la rigidez de metodologías y concepciones, cuya valor teórico debemos reconocer, pero sin olvidar que la norma jurídica, y en el caso concreto del derecho internacional privado, conlleva una respuesta de justicia y no se agota en un mero ejercicio técnico”. Opertti Badan, Didier, “La cooperación jurídica interamericana”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. 0, 2000, p. 404.

61 Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 13, p. 39.

62 Fernández Rozas, J. C. “Orientaciones...”, *op. cit.*, nota 13, pp. 30 y 31.

Las materias que, hoy por hoy, se engloban dentro del área del DIPr, se caracterizan por su tendencia hacia el particularismo;⁶³ prueba de ello la tenemos, sin ir más lejos, en la obra realizada a través de la Conferencia Especializada Iberoamericana de DIPr, CIDIPs.⁶⁴

Por otra parte, los elementos básicos para que la obra unificadora fructifique se podrían concretar en los siguientes:⁶⁵ 1) la profundización en las denominadas “unidades de comparación” y la selección de materias para unificar; 2) los procedimientos de interpretación uniforme; 3) el manejo correcto y preciso, a través de los interlocutores adecuados, del tratado internacional como instrumento de unificación, desdeñando los ya típicos problemas a este método.⁶⁶

63 No obstante, con respecto al ámbito de materias objeto del esfuerzo de unificación “puede observarse que si bien el núcleo principal ha sido el tradicional del «conflicto de leyes»— si se quiere, dicho en otros términos, el de la determinación del Derecho aplicable a las relaciones privadas internacionales—, la Conferencia de La Haya, sin embargo, no ha excluido la elaboración de normas comunes en el ámbito procesal, tanto en lo que respecta a la competencia de Jueces y Autoridades como en lo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras”, González Campos, Julio D. y Borrás, Alegría (coords.), *op. cit.*, nota 28, p. 14. Véase, asimismo, Opertti Badán, Didier, *op. cit.*, nota 28, pp. 273-275.

64 La Organización de Estados Americanos, después de consultar con los gobiernos miembros, resolvió abandonar los anteriores intentos de codificación omnicompreensiva para abocarse en temas concretos, convocando así a Conferencias Especializadas de DIPr, CIDIPs. Para una visión histórica véase Samtleben, Jürgen, *Derecho internacional privado en América Latina. Teoría y práctica del Código Bustamante*, vol. I: *Parte general*, Buenos Aires, Desalma, 1983.

65 Campuzano Díaz, Beatriz, *op. cit.*, nota 38, p. 31. Muchos proyectos unificadores están condenados al fracaso por lo ambicioso de sus objetivos y por los intereses en presencia ante los intentos de implantación hegemónica de una determina opción prepotente.

66 Nos referimos: 1) al déficit democrático dada la desvinculación de los negociadores con las necesidades reales del círculo jurídico al que supuestamente representan, a lo que se añade la descoordinación existente entre los procesos de codificación interna e internacional; 2) la eficiente incorporación de los tratados internacionales en el orden interno de los Estados que han prestado su consentimiento en obligarse a los mismos; 3) en relación al anterior, la recepción y aceptación de los tratados por los jueces nacionales en el proceso de aplicación del derecho; 4) la interpretación judicial que están vinculadas por la acción del orden público; 5) las cláusulas del tratado internacional que también suponen una traba, por regla general, en el proceso unificador del DIPr. *Idem*. A todo ello también habría que añadirle el principio de eficiencia de DIPr, lo que significa que “el DIPr debe utilizar fórmulas y reglas que le permitan introducir una idea de orden jurídico justo en las situaciones privadas internacionales pero que supongan la reducción del coste internacional incrementado que el DIPr comporta para los particulares implicados en las situaciones

De la labor de la Conferencia de La Haya hay que destacar que con motivo de su Centenario, se aprobó una Resolución en la que instaba a los Estados miembros a que coordinaran sus posiciones en los distintos organismos dedicados a la unificación o armonización jurídica.⁶⁷ Esto es importante destacarlo porque aunque el derecho conflictual uniforme puede desempeñar por sí sólo una importante labor, también puede ser un eficaz complemento del derecho material uniforme.

La Conferencia de La Haya de DIPr tiene una membresía de sesenta y dos Estados. De la membresía total sólo cinco son países latinoamericanos, a saber: Argentina, Chile, México, Uruguay y Venezuela.⁶⁸

Reforzando, la situación del continente americano, los especialistas en la materia hacen un énfasis especial en la contribución del Continente americano al desarrollo del derecho internacional, inspirado en el cotejo comparado con otros sistemas externos, universal, regional o interno, afirmando que dicho aporte se refleja en la codificación y desarrollo progresivo del DIPr, entre otros.⁶⁹ Como prueba tenemos el desafío que implica la divulgación y aceptación de las convenciones interamericanas como un paso más hacia ese ideal de codificación, unificación del derecho.

No obstante, hay que subrayar que el DIPr se enriquece del conocimiento de las normas y de las prácticas que se dan tanto en el ámbito universal como regional, y eso es algo que ya está demostrado. No pode-

privadas internacionales producto de la globalización”, Carrascosa González, J., *Globalización y derecho internacional privado*, *liberlibro.com*, 2002, p. 39, asimismo, véase, en cuanto a la eficiencia del DIPr, Fernández Rozas, J. C., *op. cit.*, nota 13, pp. 18 y 19.

⁶⁷ Resolution adopted by the Seventeenth Session of The Hague Conference on Private International Law in the presence of the Ministres of Justice and High Representatives of the Member Status of The Hague Conference meeting at The Hague, 19 May 1993, on the ocasión of the celebration of the Centenary of the Conference ... “Recomends to the Member States that the... coordinate more fully their positions on private international law in various international bodies involved with unification or harmonization of questions of private law”. Information of The Hague Conference on Private International Law, 15 June 1994.

⁶⁸ Brasil que a principios de la década de los años 80 se había unido a la Conferencia, dejó de ser miembro de ella. Otros países de América Latina (Colombia, Costa Rica, El Salvador, Ecuador, Honduras, Panamá, Paraguay y Perú) han ratificado o adherido a instrumentos concluidos en el seno de la Conferencia, principalmente en aquellos referidos a las Convenciones sobre sustracción ilícita de menores y de cooperación en materia de adopción internacional. Siqueiros, José Luis, “La cooperación judicial internacional. Expectativas para el siglo XXI”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, México, núm. especial 2000, p. 151.

⁶⁹ Siqueiros, José Luis, *op. cit.*, nota 41, p. 470.

mos caer en la tentación de intentar demostrar que el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional es un área reservada al sistema interamericano, es una tarea compartida tanto por los foros que representan al ámbito universal como al regional.⁷⁰ Lo recomendable, y así lo expresa de nuevo el profesor Siqueiros sería adoptar una estrategia de coordinación e interrelación entre los distintos foros y así prevenir duplicidades innecesarias, propiciando la armonización.⁷¹

⁷⁰ La Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP- V) resolvió en 1994 recomendar a los Estados miembros de la OEA que aún no fueran miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el considerar la conveniencia de adherirse al Estatuto de la misma. En sintonía con lo anterior se aprobó por la propia Conferencia de La Haya, en la Resolución adoptada en su XVII Sesión de 1993, recomendar a sus Estados miembros el compaginar más adecuadamente sus criterios en la materia con aquellos adoptados por otros centros que se ocupan de la unificación o armonización de cuestiones de derecho privado. Siqueiros, José Luis, “La Conferencia de La Haya y la perspectiva latinoamericana”, *Boletín de la Facultad de Derecho. UNED*, Madrid, segunda época, núm. 16, 2000, pp. 207 y 208.

⁷¹ Siqueiros, José Luis, *op. cit.*, nota 41, p. 478. No obstante, reforzamos la coordinación de esfuerzos de la Conferencia de La Haya con otras organizaciones internacionales que persiguen la unificación jurídica, y cuyo respectivo ámbito de actividades puede parcialmente coincidir, permite evitar los inconvenientes del tratamiento múltiple, fragmentario, inconexo y contradictorio de una materia y realizar economías de tiempo y energías. A modo de ejemplo, el Consejo de Europa ha realizado cierta labor de impulso de la Conferencia de La Haya, que se ha ocupado de algunas cuestiones a requerimiento de aquél en materia de obligaciones alimentarias. Véase Aguilar Benítez de Lugo, Mariano, “La familia en los convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLV, núm. 1, 1993, p. 10. En el ámbito regional se insiste y se subraya la conveniencia de adoptar una estrategia de interrelación entre los distintos foros, universales y regionales, que prevengan duplicidades innecesarias y armonizar la tarea común. Véase Organización de Estados Americanos. “El derecho en un nuevo orden interamericano”, Documento de Trabajo, Washington D.C, febrero 1996. Citado por Sequeiros, *op. cit.*, nota 70, p. 213. Operti Badan, Didier, “L’Ouvre de la CIDIP dans le contexte du Droit international Privé actuel”, *Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, E., Pluribus Unum, Kluwer, 1996.