

UNIFICACION EUROPEA E INTERAMERICANA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ¿DOS MODELOS PARALELOS?

por

Marta ZIEMBINSKA-HYJEK ⁽¹⁾

SUMARIO

1. Antecedentes del modelo europeo e interamericano de derecho internacional privado. 2. Unificación auspiciada por la UE y OEA diferencias y similitudes. 2.1 Diferencias. 2.2 Las similitudes. 3. La Conferencia de La Haya y la unificación interamericana. 4. Conclusiones.

En la etapa contemporánea de la codificación del derecho internacional privado en todos los países y continentes, se observa una nítida tendencia de aproximación de soluciones, de métodos de problemas ocasionados por este proceso. Esta afirmación vale también para el caso de Europa y América Latina.

¿Las soluciones alcanzadas en los dos modelos jurídicos -europeo e interamericano- se contraponen o coexisten con tendencia a su recíproca aproximación?

En Europa hay dos procesos unificatorios del derecho internacional privado que se desarrollan paralelamente contribuyendo a la creación del modelo europeo de derecho internacional privado. Primero, la actividad de la Conferencia de la La Haya de Derecho Internacional Privado (sin olvidar que sus objetivos y proyección exceden el plano regional). Segundo, la actividad unificatoria regional realizada con los auspicios de la Unión Europea.

En las Américas el más importante y sin duda ninguna más exitoso, es el proceso de creación del derecho internacional privado interamericano llevado a cabo por OEA, por medio de las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado. Las soluciones adoptadas en las convenciones subscriptas

⁽¹⁾ Doctora en ciencias jurídicas de la Universidad de Silesia (pesquisa sobre el derecho internacional privado de América Latina), maestría en derecho y en estudios ibéricos otorgada por la Universidad de Varsovia, autora de publicaciones sobre el derecho internacional privado en Polonia, Brasil y Venezuela. Diplomática, actualmente en servicio en la Embajada de Polonia en Montevideo. El contenido de este trabajo es de exclusiva responsabilidad de la autora y no refleja necesariamente las opiniones del Gobierno de Polonia. La autora agradece al Prof. Eduardo TELLECHEA BERGMAN de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República por sus valiosos comentarios.

durante estas Conferencias constituyen el modelo interamericano del derecho internacional privado.

1. ANTECEDENTES DEL MODELO EUROPEO E INTERAMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Los antecedentes de la codificación en la época contemporánea remontan a la segunda mitad del siglo pasado: en América Latina al Primer Congreso de Derecho Internacional Privado, llevado a cabo en Lima, en 1873 y al Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, de Montevideo de 1889; y en Europa, a las iniciativas de Pasquale Stanislao Mancini⁽²⁾ y la Primera Conferencia de La Haya de 1893 con su principal objetivo, la unificación de las reglas del conflicto. En la evolución del derecho internacional privado elaborado por la Conferencia de la Haya es posible distinguir tres etapas. Entre las mencionadas tres etapas de la Conferencia de la Haya, la actual debe ser considerada como la más fructífera. En la 1.ª etapa entre, 1893-1905, se elaboraron seis convenciones (en materias del procedimiento civil y derecho de familia). En la segunda etapa (1925-28) no se alcanzó un éxito concreto, pero en la tercera etapa desde 1951 hasta hoy observamos una reavivación de la Conferencia, traducida en la proliferación de convenciones en el marco del derecho procesal civil internacional (9 convenciones), en el marco del derecho civil internacional (12 convenciones) y en el marco del derecho mercantil internacional (5 convenciones), en suma más de treinta convenciones.

Las convenciones del derecho internacional privado celebradas con los auspicios de la Unión Europea no son evidentemente tan numerosas pero marcan una tendencia en la creación del modelo europeo del derecho internacional privado muy importante. La unificación está más avanzada en el marco del derecho de patentes y del derecho de las sociedades comerciales. La unificación del derecho internacional privado dentro de la UE ocurre por dos caminos: primero, el convencional (la convención sobre el reconocimiento mutuo de las sociedades y personas colectivas de 1968, la convención sobre el arbitraje internacional comercial de 1961, la convención sobre la competencia judicial y ejecución de las decisiones en materia civil y comercial de 1968, dos convenciones sobre el derecho de patentes de 1975, la

⁽²⁾ sus primeros aportes doctrinarios sobre el tema encuentran expresión en la PROCLUSIONE, lección inaugural de la cátedra de Derecho Internacional Privado y Público de 24.01.1851 en la Universidad de Turin, intitulada Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti, en 1874 presentó su célebre Informe al recién constituido Institut du Droit International con el significativo título: "De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les Etats sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit International prive pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles", Journal de Droit International, 1874, págs. 221-239.

convención sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980); segundo, por medio de las directrices de armonización o reglas uniformes destinadas a los países directamente (importante camino para unificar el derecho de las sociedades comerciales); y tercero, por medio de disposiciones del Consejo de la UE aplicadas directamente en los países miembros (p. ej. el proyecto del Estatuto de la sociedad europea de 1975).

La unificación interamericana del derecho internacional privado empezó hace más de un siglo, en 1878, cuando en Lima fue convocada la conferencia de los juristas de diferentes países latinoamericanos con el objetivo de "establecer reglas uniformes sobre derecho internacional privado". La Convención aprobada en Lima constituye el primer tratado multilateral suscrito en el mundo para regular problemas de derecho internacional privado, entendiéndolo con una extensión intermedia.

Otra etapa importante de la unificación interamericana fue marcada por los Congresos de Montevideo de 1889-90 y de 1939-40 durante los cuales fueron sancionados ocho tratados y un Protocolo adicional, vigentes, (en el marco del derecho civil internacional, derecho comercial internacional, derecho penal internacional, derecho procesal internacional, de propiedad literaria y artística, de patentes de invención, marcas de comercio de fábrica y sobre el ejercicio de las profesiones liberales).

Un paso muy importante en la tarea de la unificación continental fue dado con las Conferencias Panamericanas y sobre todo con la VIa. Conferencia en La Habana, en 1928 se aprobó el Código Americano del Derecho Internacional Privado, Código Bustamante (un texto legislativo muy vasto, de 437 artículos, divididos en 4 libros: derecho civil internacional, derecho mercantil internacional, derecho penal internacional, derecho procesal internacional).

El modelo interamericano del derecho privado, tal como lo entendemos hoy, resulta de la unificación de las normas del derecho internacional privado auspiciadas por la OEA, por medio de las convenciones aprobadas durante la 1a, 2a, 3a, 4a, y 5a Conferencia Interamericana Especializada del Derecho Internacional Privado que sesionarán respectivamente en Panamá, Montevideo, La Paz, Montevideo y México. Durante estas conferencias se celebraron 25 convenciones y 2 protocolos adicionales en la esfera del derecho civil internacional procesal (13 convenciones, 2 protocolos), derecho internacional privado sensu stricto (4 convenciones: los principios generales, los poderes, el domicilio de las personas físicas, la capacidad de las personas jurídicas), derecho mercantil internacional (6 convenciones), convenciones relativas al menor (4 convenciones: adopción, alimento, restitución de niños, tráfico de menores).

2. UNIFICACION AUSPICIADA POR LA UE Y OEA DIFERENCIAS Y SIMILITUDES

2.1 Diferencias

Como primera diferencia y al mismo tiempo la más urgente para ser nivelada, se presenta la cuestión de la interpretación de las reglas unificadas. Se trata de la interpretación uniforme y supranacional sin la cual cada unificación es solamente formal. El sistema interamericano carece de esta interpretación, dejando al juez nacional la libertad total para interpretar las normas convencionales. En Europa, la tarea de interpretación del derecho comunitario es realizada por la Corte de Justicia de Luxemburgo, un tribunal supranacional de la UE. Su importante papel se traduce en la concretización de los principios generales del derecho que debían ayudar a llenar las lagunas de las normas escritas del derecho comunitario y ayudar a su interpretación⁽³⁾. El Tribunal de Luxemburgo formula también las decisiones perjudiciales o padrones interpretativos establecidos por medio del análisis comparativo de las tendencias vigentes en los derechos internos de los países miembros.

Otra diferencia, se traduce en el principio de la universalidad (o de vigencia *erga omnes*) plenamente aplicado en el derecho comunitario, y no completamente en el derecho internacional privado interamericano. El principio de la universalidad incluye dos aspectos.

Primero -la aplicación de las fuentes escritas del derecho internacional privado (convenciones) aún en las relaciones con Estados que no son parte del acuerdo internacional, no obstante con una exigencia de existencia de un vínculo sustancial entre el caso concreto y este Estado (solución adoptada en base a la resolución del Institut du Droit International tomada durante la sesión del Instituto en Dijon, en 1980)⁽⁴⁾.

Segundo -la primacía del derecho convencional (en Europa - comunitario) sobre el derecho interno. En Europa los países miembros de la UE concordaron en abdicar de algunas de sus competencias *iuris imperii* en favor de la UE que tiene poderes para crear normas *iuris cogentis* cuya ejecución es de competencia de un Tribunal supranacional (de Luxemburgo). Esta, de un cierto modo, abdicación de la

⁽³⁾ El Tribunal de Justicia de la UE formuló los siguientes principios generales del derecho reconocidos como la fuente no escrita del derecho comunitario: buena fe, proporcionalidad, legalidad de los actos administrativos, seguridad jurídica, igualdad, prohibición de las discriminaciones, sobre derecho de defensa, sobre modalidades de responsabilidad extracontractual de la UE por daños causados por sus instituciones, etc.

⁽⁴⁾ *Annuaire de l' Institut de Droit International*, Vol. 59, tomo II, págs. 256-257. Se recomendó no sólo que las convenciones incluyeran reglas de determinación para fijar su esfera de aplicación, sino también que debía existir un vínculo sustancial para aplicarlas a los Estados no contratantes.

soberanía, se relaciona no sólo con la política económica europea sino también en los últimos tiempos con otros dominios, como por ejemplo, con la política de inmigración (Tratado de Maastricht). La primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno en la misma esfera de reglamentación, significa en la práctica, que el juez tiene que aplicar el derecho comunitario independientemente de las disposiciones jurídicas internas. En casos de conflicto entre el derecho nacional y el europeo, el juez nacional tiene que aplicar el derecho europeo. Si él tiene dudas, puede recurrir al Tribunal de Luxemburgo solicitando la interpretación de la ley. Las partes pueden también dirigirse al Tribunal de Luxemburgo si consideran que sus derechos fueron violados por la no aplicación del derecho comunitario (caso Frankovitch 1990). Las decisiones del Tribunal serán ejecutadas por medio de acciones políticas. La experiencia nos demuestra que, los países miembros de la UE ceden a la presión política y ejecutan las sentencias del Tribunal europeo supranacional porque están interesados en mantener buenas relaciones con los órganos de la UE. Por estas razones las normas del derecho comunitario europeo son de aplicación directa lo que significa que un tribunal competente de cualquier país las aplica directamente.

En la unificación interamericana, este principio considerado en su concepción supra descriptiva, no se aplica plenamente. La Convención de México sobre la ley aplicable a los contratos internacionales de 1994 demuestra la tendencia de limitar la validez universal solamente a los países signatarios (art. 1 *eiusdem*⁽⁵⁾, el carácter internacional es atribuido a un contrato vinculado únicamente con Estados Partes). Esta tendencia está un poco atenuada por la norma del art. 2 de la misma Convención que amplía su aplicación a los países no signatarios (art. 2 *eiusdem*: "el derecho designado por la convención se aplicará aún cuando tal derecho sea el de un Estado no parte"). Aún cuando se verifica de este modo una evidente similitud con el art. 2 de la Convención europea de Roma de 1980 sobre el derecho aplicable a las obligaciones contractuales, esto no significa la plena consagración del principio de la universalidad porque no podemos constatar que las normas de las convenciones interamericanas sustituyen en totalidad a las normas internas del derecho internacional privado de los estados americanos⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ Art. 1: ... se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte...

⁽⁶⁾ La escasez de la práctica de estas convenciones lo confirma, en oposición a las tendencias de la doctrina interamericana que preconizan la primacía del derecho convencional sobre el derecho interno (art. 1 de la Convención Interamericana sobre las normas generales del derecho internacional privado, Montevideo, 1979: "...en defecto de norma internacional los Estados Partes aplicarán las reglas conflictuales de su derecho interno"). Es interesante también observar que las Cartas Magnas de los países latinoamericanos no se pronuncian claramente sobre la primacía de las convenciones internacionales sobre el derecho interno. Por otro lado en la mayoría de los países latinoamericanos vigora la Convención de Viena sobre el derecho de tratados que consagra esta primacía.

Otro aspecto diferenciador es el tratamiento de las reservas a los textos del derecho unificado. En América Latina la cuestión controversial de las reservas data del Código Bustamante donde la diferenciación entre las reservas generales formuladas por algunos países, prácticamente imposibilitó la aplicación más vasta del Código Bustamante en el continente americano. Para evitar este dilema en las convenciones interamericanas se permiten solamente las reservas especiales que "versen sobre una o más disposiciones específicas que no sean incompatibles con el objeto y fin de la convención". En el derecho comunitario se excluye la presentación de reservas a los actos legales de la UE formuladas con el propósito de eximirse de su aplicación. La unanimidad en el proceso de la toma de las decisiones constituye el mecanismo de protección contra los proyectos de ley que puedan ser considerados inconvenientes o no deseados. El país que adhiere a la UE tiene que aceptar todo el *acquis communautaire*, el sistema jurídico entero de la Unión en la creación del cual el mismo no participó.

2.2 Las similitudes

Delineando un paralelo entre la unificación interamericana y la europea, ante todo comparando sus últimos resultados, descubrimos similitudes o casi similitudes de las tendencias unificadoras.

La técnica jurídico-legislativa es parecida: en ambos casos las normas de conflicto son flexibles y elásticas, con carácter de indicaciones interpretativas.

En ambos casos, también se aplica el principio de la conexión más estrecha (el principio de la proximidad). En la indicación de la ley aplicable prevalece, con nítida influencia norteamericana del *Restatement II*, la más íntima conexión entre los supuestos de hecho con elementos extranjeros, con la legislación con la cual tienen los vínculos más estrechos. En Europa este principio ha sido largamente aplicado, tanto en la legislación internacional europea (mejor ejemplo -la convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, art. 4) como en la legislación interna (leyes sobre el derecho internacional privado de Suiza de 1987, de Austria de 1978 y los trabajos de revisión de la ley del derecho internacional privado de Polonia a título de ejemplo).

Mayor número de similitudes encontramos en el derecho contractual unificado, ante todo entre la convención europea sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma, 1980) y la convención interamericana sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales (México, 1994). El principio de la conexión más estrecha consagrado en el acto europeo en el artículo 4 párrafo 1, está atenuado en los párrafos 2, 3, y 4 del mismo artículo, con el objetivo de evitar la incertidumbre derivada de su funcionamiento. En los párrafos 2, 3 y 4 se establecieron varias

reglas que facilitan la determinación del país con el cual algunos contratos específicos deben presumirse más íntimamente conectados. Estas indicaciones interpretativas reflejan la teoría de la prestación más característica de Adolfo Schnitzer, bien difundida en Europa. Pero según el párrafo 5 del mismo artículo todas estas indicaciones pueden ser desatendidas "si surge de las circunstancias consideradas como una totalidad que el contrato se encuentra más íntimamente conectado con otro país" y entonces la ley aplicable será la de este otro estado.

Así se presenta otro principio común, o casi común, entre el derecho contractual interamericano y europeo -la aceptación de la cláusula de la excepción- cláusula de escape (art. 5 europeo y art. 9 frase 2a. interamericano). La cláusula autoriza la excepción de aplicar el derecho indicado por la convención, si se demuestra una conexión más estrecha todavía con el desarrollo de otro Estado (en el caso de la Convención interamericana sería una excepción parcial-art. 9; "...si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte de Contrato").

En la convención interamericana (art. 9), el derecho aplicable será también el derecho de Estado con el cual el contrato está más íntimamente ligado. El juez o árbitro deberá procurar entonces este derecho (conexión más estrecha) cuando las partes no escogieron la ley aplicable o la escogieron sin eficacia (elección contradictoria con las leyes de aplicación inmediata de *legis fori* o ingerencia de la cláusula de orden público de *legis fori*). Pero en la convención interamericana no hay tantas indicaciones como en la Convención europea para facilitar la tarea del juez para descubrir la conexión más estrecha. El juez americano debe tomar en consideración los elementos objetivos y subjetivos resultantes del contrato y los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales (art. 9 de la convención interamericana). Ahora no es posible decir como será comprendida esta indicación tan general y si las experiencias europeas y la teoría de la prestación más característica de Schnitzer serán tomadas en cuenta, pero se puede presumir que los jueces recurrirán, probablemente más a la tradición vigente en América Latina utilizando el factor de conexión *locum executionis*, todavía con más agrado, si *la lex loci executionis* es simultáneamente la *lex fori*.

Otra regla común es la autonomía de la voluntad de las partes ilimitada, tanto en la convención interamericana como en la convención europea (art. 3 europeo y art. 7 interamericano)⁽⁷⁾. La elección hecha por las partes puede ser explícita, por

(7) La autonomía de la voluntad como principio es consagrada en Europa en: el art. 3 par. 1 de la convención de Roma de 1980; la Convención de la Haya de 1978 sobre el derecho aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación; la Convención de la Haya de 1986 sobre la ley aplicable a los contratos de compra-venta de las mercaderías; el art. 2 par. 2 de la Resolución de Basilea del Instituto del Derecho Internacional de 1991 intitulada:

medio de un acuerdo expreso de las partes o también presunta o tácita, pero tiene que resultar de un modo evidente⁽⁸⁾ del comportamiento de las partes de las disposiciones del contrato⁽⁹⁾. En ambos textos se consagra la autonomía más amplia sin condiciones ningunas y sin límites, excepto la limitación por la necesaria aplicación de las leyes de aplicación inmediata de *legis fori* o por la intervención de la cláusula de orden público.

En ambas convenciones se permite el *depeçage*, se acepta la elección de una ley (art. 7 y 8) y la elección de la *lex contractus* en cualquier momento, sin afectar por la elección posterior los derechos de los terceros (la elección posterior, después de la celebración del contrato y el cambio de la elección una vez hecha (art. 8). En los dos modelos se acepta entonces el rompimiento de la unión del estatuto, antes regla inamovible⁽¹⁰⁾.

Otra concepción común entre los dos modelos se manifiesta en la obligatoria aplicación al contrato de las leyes de aplicación inmediata *legis fori* independientemente del derecho aplicable, también elegido por las partes (art. 11 interamericano y art. 7 párr. 2 europeo). El tratamiento prioritario de las leyes de aplicación inmediata de *legis fori* (art. 11) independientemente del derecho indicado como aplicable para un contrato limita seguramente la autonomía de la voluntad de las partes. En la convención interamericana no hay ningún criterio claro de demarcación entre la autonomía de la voluntad y la esfera de la actuación de las *lois de police*. En el documento interamericano se libró al criterio del juez también la decisión de usar las normas de aplicación inmediata fuera de *legis fori*, a condición que el contrato demuestre los vínculos más estrechos con este otro país y que la aplicación de estas leyes no determine la intervención de la cláusula de orden público.

"L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées"; en la doctrina reciente: POMMIER Jean Christophe, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Paris, 1992, pág. 116 y sig.

⁽⁸⁾ En versiones oficiales en diferentes idiomas de la Convención de Roma se usa para expresar el concepto "de modo seguro" las fórmulas: "de façon certaine", "with reasonable certainty", "mit hircichender Sicherheit".

⁽⁹⁾ En la Convención de México se transplantó la fórmula de la Convención de la Haya de 1986 sobre la ley aplicable a los contratos compra-venta de las mercaderías (art. 7 par. 1): "... la elección debía desprenderse claramente de las cláusulas del contrato y de la conducta de las partes consideradas en su conjunto". En la Convención de Roma en vez de "y" es "o". En el documento interamericano la opción por la fórmula "consideradas en su conjunto" va seguramente a conducir a la interpretación mas restrictiva que en la Convención de Roma.

⁽¹⁰⁾ P. LAGARADE, "Le depeçage dans le droit international privé des contrats" (in:) *Revue critique du droit international privé*, 1975, pág. 649 y sig. M. PAZDAN, "Rozszezepienie statutu kontraktowego" (in:) *Studia Juridica Silesiana*, T. 16, Katowice, 1991, pág. 68.

3. LA CONFERENCIA DE LA HAYA Y LA UNIFICACION INTERAMERICANA

En 1980, la Conferencia de La Haya pasó por un cambio trascendental cuando se abrió en términos amplios, la participación en la Conferencia para los países no miembros (siempre con la toma de decisión sobre esta participación en la Sesión Plenaria, si se considera que el asunto de la convención es del interés para el estado presente)⁽¹⁾. Obviamente esta apertura continúa siempre como condicional, mientras las conferencias y convenciones interamericanas son incondicionalmente abiertas para otros países, no solamente miembros de la OEA (por medio de la adhesión).

La Conferencia de La Haya es institucionalizada, con un estatuto y órganos permanentes desde 1955 (Bureau Permanent en La Haya), en plano de igualdad con otras organizaciones internacionales. La Conferencia tiene lugar cada cuatro años, por convocatoria y no por invitación del gobierno de los Países Bajos.

El caso interamericano es diferente. Las conferencias CIDIP son las conferencias diplomáticas *ad hoc* reunidas por iniciativa de la OEA y no poseen la estructura permanente lo que evidentemente dificulta su funcionamiento⁽²⁾.

La Conferencia de La Haya opera dentro de una mayor diversidad de sistemas jurídicos (*common law*, romano-germánico, antes, derecho de los países socialistas, musulmán, judío, etc. en tanto su actividad y proyección es universal). Las conferencias interamericanas operan entre el sistema romano y *common law* con visible aproximación entre los dos sistemas, y con el objetivo central de la creación de un modelo interamericano único.

El método de la Conferencia de La Haya e interamericanas, en términos generales, es muy parecido. Durante la tercera etapa de la Conferencia de La Haya se abandonó la idea de la codificación global optándose por la codificación de asuntos concretos que resulten de interés en las relaciones internacionales. Es una tendencia igual a la interamericana. Desde 1971 (Resolución de la OEA de San José convocatoria para la primera CIDIP) se abandonó también la idea de crear un único texto internacional que regule todas las materias del derecho internacional privado, preparado en base a los Tratados de Montevideo, Código Bustamante y *Restatement of the Law of conflicts of laws II*. Para hacer a la codificación interamericana más eficaz y más adecuada a las exigencias del continente y más todavía de acuerdo con las regulaciones internas y también para responder a las nuevas relaciones jurídicas,

⁽¹⁾ G. PARRA-ARANGUREN, El centenario de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (in:) Curso General de Derecho Internacional Privado, Caracas, 1992, pág. 426.

⁽²⁾ Aunque no podemos no mencionar aquí la actividad inestimable del Comité Jurídico Interamericano en la preparación de las Conferencias desde el punto de vista doctrinario, así como las Reuniones de Expertos.

se decidió elaborar convenciones separadas de derecho unificado que regularan los diversos asuntos del derecho internacional privado; la selección de los temas fue realizada por los órganos de la OEA y los países miembros.

Las normas de La Haya son tan flexibles y elásticas como las de la UE. En la misma dirección prosiguen las convenciones interamericanas. En la Conferencia de La Haya últimamente se nota cada vez más la presencia y la influencia norteamericana moderna que preconiza la flexibilidad de las normas de conflicto para permitir la realización de la justicia en el caso concreto (p. ej. convención de La Haya sobre la ley aplicable a la sucesión *mortis causa* de 1989: la causa se rige por la ley de la nacionalidad del causante al tiempo de su muerte a menos que el difunto haya tenido en ese momento vínculos más estrechos con otro Estado, caso en el cual se aplica la ley de este último - art. 3 párrafo 1 y 2).

En las Convenciones de La Haya y en las convenciones interamericanas relativas al tema del niño⁽¹³⁾ se observa una transformación de tendencias muy significativa. Hay un abandono gradual de las normas que se sirven solamente de un factor de conexión y que guardan una neutralidad completa *vis á vis* a los resultados causados por la aplicación del derecho aplicable para un caso concreto y se pasa a normas que permiten encontrar un derecho material que pueda ser considerado como mejor para el caso concreto, no solamente por la razón de vínculo con esta situación, sino también porque el contenido del derecho material aplicable permite la realización más plena posible del resultado deseado por el legislador, la protección del valor, el bien del niño. Por eso observamos la indicación alternativa de algunas leyes aplicables para los mismos supuestos de hecho; en las normas hay diversos factores de conexión y se aplicará entre todas estas alternativas el derecho que sea más favorable para el niño, para su bien, para la realización de su interés.

La OEA adoptó como método de la unificación una técnica jurídico-legislativa que consiste en la definición de los conceptos en los temas donde no es posible conseguir un consensus sobre la indicación del derecho aplicable (con el uso de una terminología neutra en confrontación con los sistemas nacionales).

Se optó en ambos modelos por el método mixto de codificación: en la misma convención normas de conflicto, normas materiales y normas procesales.

⁽¹³⁾ Se trata de las siguientes convenciones de la Haya: la Convención sobre la protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional de 1993 y Convención sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores, de 1980 y de las Convenciones interamericanas: sobre restitución internacional de menores de 1989, sobre adopción de los menores de 1984, sobre obligaciones alimentarias de 1989.

4. CONCLUSIONES

En 1905, cuando se inició en Francia la publicación de la *Revue Critique du Droit International Privé*, Despagnet escribió un artículo intitulado, "*De l'avenir du droit international privé*"⁽¹⁴⁾ donde preveía el futuro del desarrollo del derecho internacional privado en la obra codificadora internacional, en el desarrollo de las Convenciones de la Haya.

Estas afirmaciones hoy reciben su confirmación. Caracterizando el estado actual del derecho internacional privado y evaluando los resultados de la codificación internacional del derecho internacional privado-la europea y la interamericana-se observa la creación de un derecho internacional privado, "Savant"⁽¹⁵⁾, derecho codificado nacionalmente e internacionalmente. Somos hoy testigos del desarrollo del derecho internacional privado por medio de la codificación internacional, de un desarrollo importante de las fuentes escritas del derecho internacional privado.

La codificación nacional del derecho internacional privado empezó en Europa en los países del bloque comunista desde 1963: en Checoslovaquia (1963), Polonia (1964), Alemania Oriental (1965), Hungría (1979) y Yugoslavia (1982) cuando fueron promulgadas las modernas leyes del derecho internacional privado. Este proceso de codificaciones internas se extendió a otros países europeos: Portugal (1967), España (1974), Austria (1978), Turquía (1982), Alemania Federal (1986), Suiza (1987), Rumania (1992), Italia (proyecto -1989), Países Bajos (proyecto-1989). En el hemisferio americano la codificación interna ocurrió en Perú (1984), Paraguay (1985), Guatemala (1986), El Salvador (1986), Cuba (1987), México (1988), Argentina (proyecto de ley del derecho internacional privado-1974)⁽¹⁶⁾, Venezuela (proyecto-1963)⁽¹⁷⁾, Brasil (proyecto-1964)⁽¹⁸⁾ y en Estados Unidos, en Luisiana (1991), en Canadá, en Quebec (1991).

Paralelamente a estas codificaciones internas (nacionales) aumenta consecutivamente el número de convenciones internacionales de derecho material unificado (estas ante todo con auspicios de la ONU) o de derecho internacional privado (estas con auspicios de la Conferencia de la Haya y de la UE en Europa y en las Américas con auspicios de la OEA).

⁽¹⁴⁾ *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, 1906, 5 y 1907, pág. 481.

⁽¹⁵⁾ OPPETIT B. "Le droit international privé, droit savant" (in:) *Recueil des Cours*, t. 234, 1992, Vol. 3, pág. 331 y sig.

⁽¹⁶⁾ El proyecto fue redactado por Werner GOLDSCHMIDT.

⁽¹⁷⁾ El proyecto fue preparado por Roberto GOLDSCHMIDT, Gonzalo PARRA-ARANGUREN y Joaquín SANCHEZ COVISA.

⁽¹⁸⁾ Haroldo Valladao fue el proyectista.

El modelo europeo del derecho internacional privado se transformó mucho por causa del proceso de la codificación. Se dejó de lado la teoría tradicional de los estatutos, la época cuando el problema principal era la calificación de una ley como una ley real o ley personal y se pasó a la proliferación de las reglas de conexión. A partir de Martin y Kahn la teoría de la calificación constituyó la teoría general de conflicto de leyes. Puede afirmarse que la multiplicación de los factores de conexión sobrepasó los problemas de la etapa de calificaciones⁽¹⁹⁾.

En la esfera de las conexiones, siguiendo el camino de Savigny, se adoptó prácticamente como principio, que la situación jurídica debía ser vinculada con la ley del país con el cual tenía los vínculos más estrechos (principio de proximidad)⁽²⁰⁾ pero si en el caso concreto no se puede alcanzar la determinación de la ley del país con el cual los supuestos de hecho tienen la vinculación más estrecha puede recurrirse a la cláusula de excepción "...*La cause se trouve plus liée encore avec un autre droit que celui désigné par la Convention*" -leemos en la Convención de Roma de 1980-). Gracias a la cláusula de excepción se observa una relativización de la oposición tradicional entre los factores tradicionales de conexión: domicilio y nacionalidad. En las Conferencias interamericanas recientes ya no se sigue más con la discusión ardiente acerca de la primacía de la nacionalidad o del domicilio como factores de conexión y se trata de encontrar un vínculo real, de facto, un vínculo más fuerte con el territorio del país cuyo derecho vamos a considerar, por esta razón exactamente, aplicable. Prevalece también la residencia habitual como factor de conexión.

Algunas convenciones europeas recientes ofrecen a los individuos el derecho de opción entre la ley nacional y de domicilio, en lo relativo al régimen matrimonial (Convención de la Haya de 1978 sobre la ley aplicable al régimen matrimonial) y derecho de sucesión (tal, la mencionada convención de La Haya sobre la ley aplicable a sucesiones *mortis causa*). Es una nueva forma de la autonomía de la voluntad, inconcebible en los tiempos de la teoría de estatutos.

Correlativamente en el marco de contratos, los dos modelos (europeo e interamericano) saben combinar la profundización de la autonomía de la voluntad con el respeto a las políticas imperativas de los Estados ligados con el contrato (Convenciones de Roma y México).

Resumiendo: las características comunes del modelo europeo de derecho internacional privado y del modelo interamericano serían las siguientes: el principio

⁽¹⁹⁾ DROZ, "Regards sur le droit international privé" (in:) Recueil des Cours, t. 229, 1991., Vol. 4, pág. 11 y sig.

⁽²⁰⁾ LAGARDE P., "Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, Cours general de droit international privé" (in:) Recueil des Cours, t. 196, 1986, Vol. 1, pág. 9 y sig.

de proximidad o conexión más estrecha, el principio de autonomía de la voluntad que permite a las partes la elección del derecho aplicable pero con respecto a las leyes de aplicación inmediata como un cierto freno o límite para esta autonomía, la cláusula de excepción⁽²¹⁾.

En Europa cada vez más unida, ocurre muy raramente que la situación jurídica creada en un país no sea reconocida en otro o que la aplicación del derecho indicado como aplicable por la ley de un país fuera descartada por la intervención de la cláusula de orden público de otro Estado. Es el resultado no solamente de la cada vez mayor elasticidad de las normas del derecho internacional privado europeo, sino también de una aproximación cada vez mayor de las legislaciones internas y de los modos de vivir. En América una situación similar podrá ocurrir únicamente cuando el proceso de la integración subregional sea más avanzado (en el marco del NAFTA, MERCOSUR, PACTO ANDINO).

En la confrontación del modelo europeo del derecho internacional privado con el modelo latinoamericano, el papel de puentes (o puntos de conexión) lo juegan los tratados bilaterales concluidos entre los países latinoamericanos y España y Portugal. España adhirió a dos convenciones interamericanas y participa con algunos otros países europeos como observador en las conferencias interamericanas. Es muy importante también la participación de los países latinoamericanos en las Conferencias de la Haya. La especificidad de los métodos norteamericanos de la solución de conflictos de leyes, causa más dificultades para la coexistencia del modelo europeo con el modelo norteamericano, aunque el reciente cambio de la posición norteamericana (retorno a los valores tradicionales como la previsibilidad de las soluciones y los límites demostrados por los métodos del análisis funcional) puede nivelar las diferencias.

La aproximación del modelo europeo de derecho internacional privado con el modelo interamericano es posible porque los dos modelos de derecho internacional privado tienen una base axiológica común - el respeto a los derechos fundamentales del hombre consagrado tanto en las convenciones regionales (Convención Americana sobre derechos humanos de San José y Convención Europea de derechos humanos) como en el Pacto de las Naciones Unidas sobre los derechos civiles y políticos.

No se puede olvidar tampoco que la labor de unificación interamericana debería ser ahora más activa, con el cambio de óptica de Estados Unidos en favor de

(21) Un ejemplo más perfecto de la cláusula de excepción encontramos en el art. 15 de la ley suiza del dip de 18 de diciembre 1987: "Le droit designe par la presente loi n'est exceptionnellement applicable que si au regard de l'ensemble des circonstances il est manifeste que la cause n'a qu'un lieu tres lache avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit".

la codificación, como muestra la reciente codificación del derecho internacional privado de Louisiana y la actividad de EUA en la Conferencia de la Haya.

¿Cuál será entonces la conclusión?

Dos modelos paralelos, en los que las codificaciones se aproximan cada vez más y ambas con mucho éxito. Sin embargo en ambos procesos hay una sombra que imposibilita una satisfacción completa: perdernos dentro del derecho internacional privado codificado sabiamente pero inefectivo, el derecho internacional privado sobre el papel, sin las necesarias ratificaciones y sin la práctica que se apoyaría en la codificación internacional.

Y esta sombra cubre tanto la satisfacción americana como europea.