

Eficacia de los principios de contratación en el proceso de unificación del Derecho Internacional Privado: comparación entre la unificación jurídica latinoamericana y la integración europea ♦

Cristian Augusto Suárez Sánchez¹

Resumen

La búsqueda interminable de los principios universales de la contratación se remonta a tiempos inmemoriales, y sólo unos pocos científicos vanguardistas, que dirigieron sus observaciones a los diversos estilos de vida y a las distintas culturas jurídicas, fueron los encargados de sentar las bases. En el presente, alcanzar cierto nivel de factibilidad para el establecimiento de un instrumento único de envergadura global, capaz de garantizar la ejecución eficaz y armoniosa de los negocios internacionales constituye el leitmotiv de la unificación del derecho internacional privado. Se trata de la búsqueda incansable de los puntos jurídicos de convergencia apropiados para la instauración de los pilares fundamentales de un nuevo orden. He aquí el axioma capital de la unificación. En suma, al derecho no le falta mucho para alcanzar este elevado nivel de sofisticación. Eventualmente, la unificación del derecho internacional privado será consumada.

Palabras clave: Unificación, derecho internacional privado, contratos, principios.

Abstract:

Endless search for universal contractual principles, that transcend to immemorial times, when a few vanguard scientists launched their efforts to observe profoundly different

♦ Este artículo fue presentado a la revista el día 23 de marzo de 2012 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 14 de junio de 2012, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

¹Abogado colombiano, 2012, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, D.C. Miembro de la Línea de investigación en derecho civil, internacional privado, comparado y del mercado de capitales, 2010, dirigida por el Prof. Dr. Jur. José Hernán Muriel-Cicero, LL.M, investigador del Departamento de Derecho Privado de la Universidad Sergio Arboleda. Becario del Deutscher Akademischer Austausch Dienst, DAAD, 2011, en Alemania. Consejero fundador del Centro de Estudios Estratégicos, 2012. Colombia. cristian.suarezsanchez@gmail.com

lifestyles and legal cultures. Today, it constitutes the international private law unification leitmotiv. It has generated some feasibility level appropriate for the establishment of a unique instrument with global covering, able to guarantee the efficient and harmonic international business execution. Unflagging search for convergence points appropriated for the establishment of its own order fundamental stones. Here is the unification capital apothegm. In brief, less not much to get this highly level of legal sophistication. Eventually, the international private law unification will be accomplished.

Keywords: Unification, international private law, contracts, principles.

Sumario

1. Unificación de América.....	48
1.1. Política de la realidad.....	48
1.2. Modernización del derecho internacional privado.....	54
1.2.1. Diferenciación de principios.....	57
1.2.2. Reconocimiento de la autonomía privada.....	60
1.3. Visión de la unificación americana.....	62
1.3.1. El Congreso de Panamá de 1826.....	63
1.3.2. El Tratado de Lima de 1878.....	64
1.3.3. Los Tratados de Montevideo de 1889.....	64
1.3.4. Conferencia de la Habana de 1928: el código Bustamante.....	65
1.3.5. Convenciones Interamericanas de Derecho Privado –CIDIP–, de 1971 a la actualidad: época pragmática.....	67
1.3.6. Unificación de América Anglosajona y América Latina.....	70
2. Unificación de Europa.....	71
2.1. La quimera.....	72
2.1.1. Búsqueda de la piedra filosofal.....	73
2.2. Visión unificadora europea.....	78
2.2.1. Los principios Unidroit.....	80
2.2.2. Construcción de un código europeo de derecho privado.....	86
2.2.3. El marco común de referencia para los contratos.....	87
2.3. Algunos principios universales fundamentales.....	90
2.3.1. Pacta sunt servanda.....	90
2.3.2. “Rebus sic stantibus”.....	91

2.3.3. Culpa in contrahendo.	93
2.3.4. Bona fides.	93
Conclusiones.....	95
1. La escuela de la unificación.....	95
2. El apogeo de los negocios internacionales.	95

[...] la cooperación no es posible sino donde existe, en realidad, una comunidad de pensamientos y de acción, y como una comunidad semejante sólo se encuentra en el seno de cada pueblo, de aquí que ellos son los que producen el derecho positivo, aunque se revele en todos constantemente el espíritu general de la humanidad.

FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY²

² F. K. VON SAVIGNY. *Sistema del derecho romano actual*, M. Ch. GUENOUX (trad. al.), J. MESÍA y M. POLEY (trads. esp.), Granada, Editorial Comares, 2005, p. 11.

1. Unificación de América.

1.1. Política de la realidad.

Una vez alcanzada la victoria en la guerra de independencia, durante la transición entre los siglos XVIII y XIX, los nuevos Estados americanos procuraron darse una organización política adecuada para consolidar su soberanía mediante el impulso de esfuerzos conjuntos para crear un sistema único de derecho internacional, que –como demuestra GARRO– precedió a los movimientos europeos de unificación jurídica continental³.

SIMÓN BOLÍVAR, en 1821, propuso la idea de reunir un congreso en que estuvieran representados los pueblos libres hispanoamericanos para que establecieran una confederación, y los demás fundadores aceptaron este ideal como el motivo principal de su voluntad política⁴. Así, decidieron reunir sus recursos y desarrollar armoniosamente un sistema de negocios internacionales, porque previeron la necesidad de proteger sus intereses, de satisfacer las necesidades de sus pueblos y dirimir sus conflictos de derecho público y privado mediante la creación de un tribunal internacional de justicia⁵. Como puede observarse, desde entonces se dio inicio al proceso de unificación en América Latina.

Complejo proceso que habría de comenzar en medio de difíciles circunstancias. Concebido y expuesto a la interpretación intelectual en el seno de un influyente ámbito académico y científico, pero nacido en medio de una atmósfera que fluctuaba entre la

³ A. M. GARRO. “Armonización y unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n.º 8, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1992, p. 285, disponible en [http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/85/rucv_1992_85_281-332.pdf], consultada el 25 de febrero de 2010.

⁴ “Una asamblea internacional que serviría de consejo en los grandes conflictos, de punto de contacto en los peligros comunes, de fiel intérprete de los tratados públicos, y de juez árbitro y conciliador en sus disputas y diferencias [...] (SIMÓN BOLÍVAR)”. Cfr. J. M. HENAO y G. ARRUBLA. *Historia de Colombia*, Bogotá, Escuela Tipográfica Salesiana, 1916, p. 386.

⁵ A. M. GARRO, Ob. cit, p. 285, con remisión a BRICEÑO BERRÚ.

política y la guerra: tiempos hostiles y vertiginosos en que los hombres actuaban condicionados por los acontecimientos que definieron el rumbo de la América Latina, el inicio de su unificación. Vale preguntarse si meditaron sus decisiones con el debido detenimiento como para comprender su importancia y calcular las consecuencias. No obstante, tras estos primeros intentos concertaron un compromiso fundamental de unidad y crearon los primeros instrumentos idóneos para alcanzar su propósito de unificación jurídica: los pilares latinoamericanos del nuevo derecho internacional privado.

Como todos saben, los fundadores de América Latina vieron la necesidad de crear un instrumento jurídico de cobertura regional para regular las relaciones privadas y la política exterior de los Estados. Si lo hubieran logrado tal como pretendían, hoy en día, quizá, los pueblos latinoamericanos serían más poderosos, algo así como engranajes adecuadamente sincronizados para emprender la marcha hacia el futuro.

El aspecto jurídico se convierte en el motivo principal, la causa por excelencia para la unificación de los Estados americanos. Los internacional privatistas saben perfectamente bien hasta qué punto es factible alcanzar este elevado nivel de perfeccionamiento jurídico, el cual significaría una evolución sin precedentes en la geopolítica, quizá el más trascendental logro en la historia de los pueblos. Propiciaría por lo menos la creación de un código internacional de derecho privado cuya estructura, basada en la institucionalización de los principios del derecho internacional privado desarrollados en América, resultaría ser a su vez el fermento de una eventual unificación global; principios primigenios que pueden servir como instrumentos eficaces para la unificación del derecho internacional privado, para construir un nuevo orden fundado en estos ancestrales precedentes, susceptibles de reconocimiento y respeto por parte de todos los pueblos. Voluntad unificadora americana que desde sus orígenes giró en torno a la necesidad de potenciar a los pueblos del continente con el propósito de fortalecer su participación en el mercado e incrementar el flujo de sus negocios internacionales.

Para la mayoría de los pueblos americanos han transcurrido casi dos siglos de independencia y desde entonces se han impulsado múltiples esfuerzos en esta búsqueda

de unificación; ahora bien, en el presente el proceso continúa, y, poco a poco América define un rumbo concreto hacia dónde dirigirse, y sabe a dónde ir, lo tiene claro, pero este gran propósito debe superar primero enormes obstáculos. No será tan fácil hallar la fórmula precisa para adecuar esta visión unificadora, que busca la fundación de una Unión Americana, a la realidad política interna de cada Estado; en suma, hasta ahora empieza el trabajo de los internacional privatistas, quienes han comprendido también las ventajas que la unificación confiere a los negocios internacionales, que MURIEL-CICERI, describe con precisión:

... seguridad y certeza jurídica, confianza en las reglas contractuales, previsibilidad de los operadores económicos, arreglo de las diferencias a través de mecanismos de resolución de conflictos que puedan ofrecer en la realidad práctica una garantía de protección jurídica efectiva de los derechos de las partes, y la aplicación de un mismo idioma negocial⁶.

Así, al comparar el proceso de unificación latinoamericana con el europeo, podemos observar que la mayoría de Estados europeos, a pesar de sus profundas diferencias ideológicas y culturales, y de haber experimentado nefastas circunstancias que arrasaron sus ciudades, desestabilizaron su mercado y en cierta medida deterioraron su poderío económico, están hoy en día bastante cerca de consolidar un *status quo* definitivo de unificación, por virtud de sus enormes esfuerzos diplomáticos y científicos, impulsados por gobernantes y parlamentarios sensatos, mientras los Estados latinoamericanos, escapando de esa especie de *dolce far niente* en que suelen adormecerse los pueblos sin muchas perspectivas de futuro, tienden a superar sus diferencias, profundas también, creando un escenario que ciernen sobre el continente un panorama bastante prometedor.

⁶ J. H. MURIEL-CICERI. “Aspectos de la unificación del derecho internacional privado en Europa y América Latina (Derecho de obligaciones contractuales): una comparación entre el Reglamento Roma I y la Convención de México de 1994, desde la óptica de la elección del derecho aplicable”, *AEDIPr*, 2008, pp. 645-652, (646); Cfr. J. H. MURIEL-CICERI. “Características de la unificación del derecho internacional privado de las obligaciones contractuales en Europa y América Latina y el apremio de una modernización del derecho privado colombiano frente al derecho internacional privado contemporáneo”, en *Estudios sobre el derecho de los contratos internacionales*, L. ESPINOSA QUINTERO (ed.), Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2010, p. 74.

Por fortuna algunos gobernantes latinoamericanos, parlamentarios nacionales y regionales, eruditos de la academia latinoamericana y científicos consagrados del derecho, han demostrado su voluntad de crear tal nivel de unidad, porque tienen absoluta conciencia de las necesidades de los pueblos contemporáneos, y se esfuerzan constantemente por reencauzar a sus pueblos hacia la buena práctica de la armonía y el respeto mutuo, con el propósito de alcanzar el máximo desarrollo de su potencial.

En este sentido América Latina se suma a la corriente unificadora contemporánea, creando herramientas académicas útiles para alcanzar este propósito, materializadas por los considerables esfuerzos de la OEA, la CAN⁷, y todas las organizaciones internacionales de esta latitud, en materia de unificación: eventualmente América, construirá una plataforma jurídica apropiada para el acoplamiento de los principios del derecho privado propio de cada uno de los Estados americanos. Pero hace falta todavía abrir un poco más las perspectivas de unificación: el incremento de los esfuerzos en América Latina debe ser aún más concreto. Es necesario en todo caso tener presente, en este enfoque unificador, la visión de los técnicos expertos de la norma, *v.gr.* la investigación de MURIEL-CICERI⁸.

⁷ El propósito antonomástico de la Comunidad Andina: *la unión de las naciones suramericanas*, tal como lo expresó R. VÉLEZ NÚÑEZ, Secretario General del Parlamento Andino, durante la visita académica que realizaron, el 27 de agosto de 2010, los profesores A. KESSLER, de la Universidad de Stanford; S. LEIBLE, de la Universidad de Bayreuth; G. SPINDLER, de la Universidad de Göttingen; J. H. MURIEL-CICERI, de la Universidad Sergio Arboleda, y el Semillero del Departamento de Derecho Privado, con ocasión del II Seminario sobre Derecho de los Contratos Internacionales, realizado por la Universidad Sergio Arboleda, en Bogotá, el 26 de agosto de 2010.

⁸ "... sin lugar a dudas, asuntos trascendentales como por ejemplo la seguridad interna y externa de los Estados, deben preocupar a los legisladores y diplomáticos latinoamericanos y ocupar un lugar prioritario en sus agendas. La seguridad es un pilar fundamental para el desarrollo de la vida y los negocios, no obstante, pareciera que algunos de ellos olvidaron que el mundo no sólo es habitado por narcotraficantes y terroristas. Debaten en virtud de estos problemas casi exclusivamente, deteriorando la confianza entre los pueblos. En cierta medida olvidaron que también lo habitan personas honestas que realizan sus negocios en armonía y paz, negocios que resultan ser, a su vez, beneficiosos para los pueblos. ¡Por qué no brindarles una atmósfera jurídica regional, apta para que ejecuten tales negocios sin dificultad!": J. H. MURIEL-CICERI. Cátedra de Derecho internacional privado, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, octubre de 2011.

Aún así, en virtud de la internacionalización de los negocios en el ámbito latinoamericano surgen a veces dudas sobre la voluntad política de algunos Estados frente a la necesidad de actualizar y conectar sus sistemas jurídicos, de tal manera que protejan al mismo tiempo sus intereses y los de sus Estados socios para conseguir la unificación regional.

Nadie comprende por qué en ocasiones los Estados se han mostrado renuentes a implementar los diversos instrumentos internacionales creados para tal propósito, ni por qué se abstienen de reconocer su valor como mecanismos unificadores, que recogen las mejores creaciones jurídicas de cada cultura, por ejemplo en materia de regulación de los contratos, ni por qué se niegan a impulsar la búsqueda de puntos de conexión entre sí cuando tienen la absoluta certeza de su utilidad para otorgar a la sociedad contemporánea –tan multifacética– el orden y la disciplina necesarios a fin de garantizar la seguridad y la libertad de cada individuo, de cada empresa y de cada Estado, comprendidos todos éstos como elementos esenciales para el perfeccionamiento armónico de los negocios internacionales, como componentes vitales para la subsistencia de los pueblos.

En este sentido, para llevar a cabo la unificación del derecho internacional privado de las obligaciones contractuales, FERNÁNDEZ ROZAS ofrece la fórmula más apropiada:

“... en la dialéctica entre normas internas y unificadoras, es necesario distinguir la armonización del derecho interno, y la unificación de ciertas esferas del derecho interno a través del consenso internacional de los Estados [...] la primera modalidad es por ejemplo viable, en virtud de leyes modelos o guías legislativas, y la segunda, a través de convenciones internacionales⁹.

⁹ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS. *Ius mercatorum, Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, Colegios Notariales de España, 2003, p. 161.

Los Estados latinoamericanos dirigen sus esfuerzos diplomáticos precisamente en esta dirección. Son vanguardistas en el proceso de unificación del derecho internacional privado. No pierden el tiempo discutiendo sobre sus diferencias. Y en todo caso, los instrumentos creados en el espectro académico avanzan a grandes pasos sobre este terreno. Muchos instrumentos jurídicos han sido efectivos para resolver conflictos de leyes en el ámbito internacional, por ejemplo, la Convención de México de 1994, sobre contratos internacionales, es uno de los más sofisticados, tal como afirman algunos autores¹⁰. La cuestión no sería tan inquietante si al final de cuentas encontráramos una lista más representativa de Estados que lo hubiesen ratificado.

En todo caso, la unificación de América continúa y su espíritu prevalece sobre las diferencias culturales, incluso sobre las divergencias de criterio unificador. Los Estados están cerca de lograr un verdadero consenso y se comprometen cada vez más con responsabilidad en el desarrollo del derecho internacional privado. En consecuencia, día tras día aumenta la necesidad de fortalecer internamente las instituciones jurídicas que regulan el flujo de los negocios internacionales mientras se incrementan proporcionalmente los esfuerzos para desarrollar garantías transfronterizas más efectivas para preservar dicho flujo negocial.

Por esta razón los gobernantes y parlamentarios están llamados a asumir una posición más acorde con la realidad del mundo globalizado, avocados a dejar de concebir la internacionalización de los negocios como una mera abstracción académica, y a revisar con estricto rigor y minuciosidad el complejo entramado de principios del derecho

¹⁰ Por una parte, MURIEL-CICERI. Ob. cit.: "... distinguida como una herramienta efectiva en el espectro interamericano para la modernización del derecho de obligaciones contractuales en los negocios internacionales"; por otra, LEIBLE: "... El derecho internacional privado y el principio de la libertad de elección del derecho [...] no conceden a las partes del contrato una libertad sin condiciones, sino que se reservan un control residual. Pueden ser sin más elegibles conflictualmente reglamentaciones como los *Unidroit-Prinzipien*. La Convención de México lo permite y con ello es mucho más progresista que el *Reglamento Roma I*"; cfr. S. LEIBLE. "La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º 1, marzo de 2011, p. 228, disponible en [<http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1075>], consultada el 14 de mayo de 2012.

internacional privado para comprender hasta qué punto las leyes internas, así como las convenciones internacionales celebradas en el ámbito continental, han sido concebidas sobre pilares consistentes, concurrentes con los propósitos de cada Estado, consecuentes con las necesidades de sus pueblos; solo entonces serán una realidad el desarrollo económico, la cooperación, la hermandad y la unidad internacional.

1.2. Modernización del derecho internacional privado.

Desde esta perspectiva sería viable considerar la unificación de los sistemas latinoamericanos en virtud de un desarrollo uniforme, propiciada por los aspectos determinantes de carácter ideológico y cultural que GARRO describe sucintamente:

La armonización y eventual unificación del derecho privado en América Latina está sugerida por su identidad lingüística y geográfica, religión [...] una cierta homogeneidad de costumbres, una similitud de problemas de orden económico, social, político, y, fundamentalmente, raíces jurídicas comunes¹¹.

Así, la modernización del derecho privado en América Latina, y su adaptación al avance de la internacionalización de los negocios, depende exclusivamente de la voluntad de los Estados, cuyo mandato obedece en primera instancia a las necesidades de sus pueblos. En este sentido, valdría la pena evocar los principios de Von Savigny –así fuese por mero interés académico– que plantean interrogantes a nuestra concepción jurídica del derecho privado y nos brindan cruciales elucidaciones que ponen de manifiesto algunos fardos que impiden avanzar con facilidad hacia la unificación.

La solución a estos interrogantes fue planteada en el ámbito europeo por VON SAVIGNY, quien en su época reaccionó vigorosamente contra la idea de la aplicación exclusiva de la *lex fori*, defendida por los demás juristas alemanes. VON SAVIGNY propugnaba, por el

¹¹ A. M. GARRO. Ob. cit., p. 285.

contrario, por el deber del juez de aplicar a la relación jurídica la ley nacional o extranjera más conforme con su naturaleza propia y esencial¹².

DUNCKER BIGGS explica que para VON SAVIGNY existe una comunidad de derecho entre los diferentes Estados que constituyen la humanidad, que exige no un mero deber de cortesía, sino la obligación del juez de aplicar la ley extranjera cuando fuere competente, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica.

La escuela de la unificación americana pregonaba abiertamente estas ideas, forjando poco a poco una compleja estructura del derecho internacional privado, mientras genera una atmósfera propicia para su implementación global: una atmósfera de paz cuya dinámica se adapte al acelerado desarrollo del comercio, en virtud de las exigencias de una sociedad global en expansión (con carestía de recursos) en la búsqueda de la eficiencia de las operaciones económicas.

Desde esta perspectiva a los internacional privatistas, a los diplomáticos, a los gobernantes y parlamentarios, a los eruditos y filósofos, y a todos aquellos que tengan el deber de satisfacer esta necesidad de mantenimiento del equilibrio de las relaciones internacionales, deber de ejecutar su magna obra les espera un arduo trabajo; así, si su trabajo es eficaz, podrán evitar el surgimiento de conflictos, que en la superficie pueden parecer efímeros, pero que *–dentro de sí–* conllevan el poder de trascender a dimensiones interculturales de proporciones incalculables.

Por fortuna los técnicos de la norma, acreditados científicos del derecho, juristas y escritores provenientes de diversos puntos del planeta, se han congregado en la escuela de la unificación para ocuparse de los problemas del derecho internacional privado, principalmente del derecho de los contratos internacionales, buscando semejanzas entre

¹² F. DUNCKER BIGGS. *Derecho Internacional Privado (Parte general)*, 3.^a ed., Santiago de Chile, Universidad de Chile, 1967, pp. 125-127, disponible en [\[http://books.google.com.co/books?id=RoeQrri56n4C&pg=PA125&dq=c%C3%B3digo+de+bustamante&hl=es&ei=mh9cTpbUJISwtwe-h-mIDA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=4&ved=0CDQQ6AEwAzgK#v=onepage&q=c%C3%B3digo%20de%20bustamante&f=false\]](http://books.google.com.co/books?id=RoeQrri56n4C&pg=PA125&dq=c%C3%B3digo+de+bustamante&hl=es&ei=mh9cTpbUJISwtwe-h-mIDA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=4&ved=0CDQQ6AEwAzgK#v=onepage&q=c%C3%B3digo%20de%20bustamante&f=false), consultada el 15 de marzo de 2010.

diversas culturas jurídicas, identificando los principios comunes sobre los cuales se fundaron. No obstante, se requerirá un esfuerzo de inteligencia y lógica colosal para llevar a cabo este trabajo. Por ahora contamos con todos esos invaluable trabajos de recopilación que han permitido preservar, unificar y difundir aquellos principios, otorgándoles cierto grado de universalidad. Esta actividad ha producido en el pasado sofisticados instrumentos de modernización del derecho internacional privado, que deben ser comprendidos como fundamentos esenciales de un proceso de unificación que no da marcha atrás; deben ser establecidos con la suficiente firmeza para soportar el avance de la globalización, guiados por la lógica y por su misma naturaleza, para alcanzar el nivel suficiente de vigencia y legitimidad que permita a la escuela de la unificación confrontarlos con la realidad práctica de un escenario global.

Bastaría con echar un vistazo a los diarios europeos o estadounidenses, seguir los pormenores de la crisis financiera que azota tanto a la Unión Europea como a los Estados Unidos y observar, al mismo tiempo, el florecimiento de los países emergentes para determinar la importancia de los principios comunes, adquirir conciencia de la necesidad de implementarlos en los sistemas jurídicos de todas las naciones, bien sea mediante innovadoras modificaciones de nuestras legislaciones civiles y comerciales, bien mediante la consulta de guías legislativas o leyes modelo que promuevan la creación de este instrumento legal común a todos los Estados (una especie de marco común de referencia mundial), construido a partir de todos los sistemas jurídicos, el romano germánico, el *common law*, el sistema jurídico religioso, y todos los que existan o llegaren a existir en el futuro, para alcanzar, en definitiva, un nivel más o menos plausible de perfeccionamiento de nuestros sistemas jurídicos, dirigido a la unificación total del derecho internacional privado¹³.

¹³ Cfr. MURIEL-CICERI. Ob. cit., 102: “Ello es viable a través de una Ley de Derecho Internacional Privado, que tenga presente de forma sistemática las cuestiones actuales y de “*lege ferenda*” del DIP, como, por ejemplo: 1. La vigencia del principio savignyano de equivalencia en el derecho extranjero, que permita determinar el mejor ordenamiento jurídico espacial y el ideal de la armonización de las decisiones. 2. La diferenciación de los momentos de conexión, de acuerdo con el tipo de la concreta relación obligacional, *v. gr.* contractual o extracontractual y no únicamente con el lugar de cumplimiento. 3. El establecimiento de reglas no generales sino restrictiva y excepcionales de conexión con una cláusula de escape, que permitan la realización de la justicia en el caso particular”.

Desde esta perspectiva la modernización del derecho privado en América Latina debe ser desarrollada en función del espíritu de cada pueblo, tal como sugiere el maestro VON SAVIGNY:

... cada pueblo era el creador y el sujeto del derecho positivo [...] y se mire el derecho positivo como obra del espíritu humano en general y no de los pueblos individualmente considerados [...] El espíritu que obra en los diferentes pueblos y reviste rasgos individuales, no es otra cosa que el espíritu humano mismo. Pero la creación de derecho es un hecho, y un hecho verificado en común. Ahora bien, la cooperación no es posible sino donde existe, en realidad, una comunidad de pensamientos y de acción, y como una comunidad semejante sólo se encuentra en el seno de cada pueblo, de aquí que ellos son los que producen el derecho positivo, aunque se revele en todos constantemente el espíritu general de la humanidad. Por eso no se encuentran creaciones de derecho arbitrarias, de las cuales nos ofrezca algún rasgo el derecho de otros pueblos. El derecho de cada nación tiene ciertos rasgos peculiares a la nación, y otros comunes a todos los pueblos¹⁴.

1.2.1. Diferenciación de principios.

La concepción doctrinal del derecho privado colombiano revela una serie de obstáculos, en forma de inconsistencias e imperfecciones en el avance del proceso unificador, que señalan la urgencia de revisar con detenimiento el contenido de la legislación y, sobre todo, la necesidad de promover su reforma con el propósito de establecer una diferenciación más clara de principios que permita contrarrestar tales dificultades. Cobra vigencia la premura de aglutinar en la escuela de la unificación a las entidades jurídicas y económicas, y a los diferentes grupos de interés, llamados a contribuir en el mejoramiento del sistema del derecho internacional privado, con el fin de congregarlos

¹⁴ F. K. VON SAVIGNY. Ob. cit., p. 11.

alrededor de los parlamentos latinoamericanos para demandar de los legisladores las evoluciones jurídicas necesarias en el perfeccionamiento futuro de los negocios internacionales de este hemisferio.

De acuerdo con las observaciones de RAVASSA, al revisar dicha concepción surge la inquietud de si en realidad se está atravesando por una etapa de *comercialización* del derecho civil, en orden a que anteriormente se lo consideraba al derecho mercantil como una añadidura del derecho civil, visión restringida que ha generado mucha confusión, proveniente de la concepción universal del derecho mercantil como un derecho especial frente al derecho general o derecho común¹⁵.

Tales observaciones demuestran que el Código Civil ha sido el aglutinante general de todo el derecho privado, y que muchos principios generales del derecho positivo y del derecho privado se encuentran mezclados con los principios propios de esta rama del derecho. RAVASSA reprocha a los escritores y a los códigos que llamen a estos principios indistintamente *principios del derecho civil*, cuando en realidad se trata de una combinación de principios de distinta jerarquía que corresponden al sistema general del derecho: al sistema del derecho privado o al sistema exclusivo del derecho civil. Todos se encuentran reunidos en una *confusa maraña*, dice, obra del legislador del Código Civil colombiano¹⁶.

RAVASSA plantea la importancia de saber diferenciar cuándo se está ante un principio del derecho privado contenido en el Código Civil, aplicable sin detrimento del derecho mercantil, y cuándo ante un principio propio del derecho civil y, por tanto, posiblemente opuesto e inaplicable al derecho mercantil puesto que la estructura y los principios del derecho civil y del derecho mercantil son antagónicos en multitud de casos. Tales principios opuestos deben ser categorizados en virtud del paralelo existente entre ambos derechos (civil y comercial) que manifiesta, en efecto, esta evidente bifurcación:

¹⁵ G. J. RAVASSA MORENO. *Derecho Mercantil Internacional: principios y normas*, 2.ª ed., Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2004, p. 456.

¹⁶ Ídem.

- i. El derecho civil busca la seguridad individual en los actos y contratos mientras que el derecho mercantil prefiere la seguridad colectiva, la seguridad en el tráfico.
- ii. El derecho civil es formalista y solemne, el mercantil es simplista y evita las ritualidades.
- iii. El derecho civil requiere exactitud y delimitación precisa, aunque lenta, en sus actos de disposición de los bienes, mientras que el derecho mercantil exige sencillez y rapidez en los acuerdos de negocios porque debe satisfacer necesidades inmediatas en virtud de su función de acercar los bienes a los consumidores.
- iv. El derecho civil es enemigo del crédito, presume la gratuidad en los contratos y no admite intereses salvo estipulación en contrario; el derecho mercantil, por el contrario, promueve el crédito, lo institucionaliza y lo regula, pero sobre la base del crédito productivo.
- v. El derecho civil es el derecho de los actos aislados, el mercantil es el derecho de los actos en masa¹⁷.

Así, al referirse a este problema, RAVASSA toma como punto de partida el artículo 822 del Código de Comercio colombiano¹⁸ porque considera que esta norma es la piedra angular de las obligaciones en el terreno mercantil. Asevera que la ley mercantil puede modificar en algunos aspectos la materia civil, aclararla, precisarla, derogarla e innovarla, mas lo que no esté regulado por las normas mercantiles se rige por la legislación civil¹⁹.

A simple vista se puede ver cómo RAVASSA ha develado un aspecto importante del conflicto que plantea el pensamiento del legislador colombiano, conflicto que conlleva

¹⁷ RAVASSA MORENO. *Derecho Mercantil Internacional*:..., cit., p. 458.

¹⁸ Código de Comercio Colombiano, Artículo 822: “Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de Derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa. La prueba en Derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley”.

¹⁹ El autor se refiere al artículo 2.º del Código de Comercio colombiano: “En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla [...] se aplicarán las disposiciones de la legislación civil”; cfr. G. J. RAVASSA MORENO. Ob. cit., p. 457.

gravísimas implicaciones en el terreno de la unificación: no existe una separación real entre estas dos ramas del derecho, una dicotomía palpable que les permita diferenciarse ni retroalimentarse. Ninguna de ellas –expresa RAVASSA, parafraseando a ROCCO– debe quedar subordinada o dependiente de la otra: el derecho civil no es fuente del derecho comercial, no es un medio para la creación del derecho, sino un conjunto de normas ya formadas y promulgadas²⁰.

En suma, RAVASSA nos muestra la progresiva expansión de la materia mercantil que ha conllevado necesariamente al fenómeno de la *comercialización* del derecho civil, así como a la *unificación* de sus normas. En este sentido, en el terreno del derecho comercial internacional, como comprueba este autor, se han producido tres efectos determinantes para la unificación del derecho internacional privado: 1. Admisión de normas e instituciones mercantiles en los ordenamientos civiles; 2. Difusión del espíritu comercial a todas las clases sociales y postergación de los contratos civiles que vienen siendo sustituidos o desplazados por sus homónimos mercantiles, y 3. *Comercialización* del derecho civil²¹.

En este orden, por una parte, la modernización jurídica propuesta por MURIEL-CICERI²², en busca de la armonización del derecho de las obligaciones y los contratos, haría más factible la configuración de un escenario regional compacto, capaz de garantizar eficazmente la consolidación de la unificación. Pero debemos buscar tal grado de modernización del sistema jurídico no sólo en Colombia, sino en todo el territorio latinoamericano, en toda América.

1.2.2. Reconocimiento de la autonomía privada.

Quizá el derecho internacional privado latinoamericano podría desarrollarse hasta el punto de dejar a la voluntad de las partes la elección del derecho aplicable a sus relaciones privadas. Como explica LEIBLE, en el terreno del derecho internacional

²⁰ Ídem.

²¹ Ídem.

²² Cfr. J. H. MURIEL-CICERI. “Aspectos de la unificación del derecho internacional privado en Europa y América Latina”, cit., pp. 645-652.

privado la autonomía conflictual equivale a la autonomía de la voluntad, comprendida como la libertad de las partes de configurar sus relaciones privadas libremente y bajo su responsabilidad. Para este autor la manifestación más importante de la autonomía privada es la libertad contractual, que concede a las partes la libertad de contratación, es decir, el derecho a decidir por sí mismas si deben celebrar un contrato y con quién, así como la libertad de configuración, referida al contenido del contrato²³.

LEIBLE nos revela la diferencia esencial entre la autonomía privada y la autonomía conflictual que concede a los contratantes la libertad de elección del derecho²⁴. Se pregunta por qué debería concederse a las partes de un contrato internacional la libertad de elección del derecho. Para él, la legitimación de la libre elección del derecho en el plano del derecho positivo no parte de un principio de libertad personal, sino exclusivamente del derecho estatal vigente: la *lex fori* debe declarar qué derecho es aplicable; son las normas de conflicto del foro y no las partes quienes determinan los criterios internacional privatísticos de conexión para el contrato, normas que conforman el punto *arquimédico* a partir del cual se puede paralizar la aplicación del derecho material interno. Según este autor, existen muchas razones que justifican una legitimación interna, una política legislativa de la libre elección del derecho, tales como el principio *in dubio pro libertates*, el sincronismo de las valoraciones en el plano conflictual y material, la ganancia de seguridad jurídica, la superación de las dificultades para realizar la conexión, así como el reconocimiento de los intereses de las partes²⁵.

²³ S. LEIBLE. “La importancia de la autonomía conflictual...”, cit., pp. 214-233, 215, disponible en [<http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1075>], consultada el 25 de mayo de 2012.

²⁴ Afirma LEIBLE que las partes pueden decidir por sí solas a qué derecho someten su relación jurídica y en este sentido se explica el funcionamiento de este mecanismo en el derecho de familia alemán, frente al caso hipotético de un matrimonio colombo-peruano residente en Alemania, al cual la ley alemana le concede la posibilidad de elegir el derecho al que se va a someter. Si quieren, explica LEIBLE, “pueden determinar, a través de una elección del derecho, que los efectos generales del matrimonio se sometan al derecho colombiano o al derecho peruano; pero si no usan esta facultad, se aplica entonces el derecho alemán”. Cfr. S. LEIBLE. Ob. cit.

²⁵ *Ibíd.*, p. 17.

En Colombia todavía hace falta dar inicio a esta profunda transformación cultural. Debería ser permitido a los pueblos latinoamericanos este avance significativo en el largo proceso de unificación: conceder a los contratantes la libertad de elección del derecho. Resultaría muy útil llevar a cabo la revisión sistemática de los principios consagrados en el derecho privado para determinar si la unificación de estos principios, tanto en el ámbito americano como europeo, instauraría los pilares fundamentales del derecho de los negocios internacionales en el terreno global.

En este sentido, debemos destacar el esfuerzo de aquellas organizaciones que previeron la necesidad de crear instrumentos para otorgar sencillez a la ejecución de los contratos internacionales, herramientas en virtud de las cuales se han logrado superar los conflictos que surgieron de la vigencia simultánea de ordenamientos diferentes, y, en gran medida, de la inseguridad y desconfianza que tal diversidad había generado.

1.3. Visión de la unificación americana.

Es menester, para la unificación del derecho internacional privado latinoamericano, además de la revisión del legado de los antepasados, asumir una perspectiva que permita determinar hasta qué punto los principios contractuales resultan ser eficaces para alcanzar este nivel de perfeccionamiento jurídico, originado como una mera propuesta académica, como una simple entelequia quimérica, siguiendo su recorrido por el universo de la política y la diplomacia hasta convertirse en convenciones internacionales con fuerza vinculante. Es preciso evocar, una vez más, este impulso unificador americano²⁶.

²⁶ GARRO sostiene que los términos *unificación* y *armonización* pueden ser empleados en forma flexible, aun cuando tienen un alcance diferente: “Una genuina unificación del derecho privado podría implicar la adopción de un texto común, que pueden ser tratados o convenciones internacionales o una ley modelo, y su aplicación directa por los tribunales locales o su revisión judicial por un tribunal supranacional. En cambio, el concepto de armonización [...] es más flexible y no implica necesariamente la adopción de un texto uniforme; se refiere más bien a una simple aproximación de criterios jurídicos, apoyándose en bases, leyes modelos, o doctrina común, que pueden servir de punto de partida para que los legisladores y jueces nacionales puedan coordinar el enfoque jurídico de un conflicto de intereses determinado”. Cfr. A. M. GARRO. Ob. cit., p. 284.

Búsqueda interminable de principios universales de contratación que en el presente constituye el *leitmotiv* de la unificación. Búsqueda permanente que genera cierta factibilidad para establecer un instrumento único de envergadura global, capaz de garantizar la ejecución eficaz y armoniosa de los negocios internacionales. Búsqueda incansable de puntos de convergencia apropiados para instaurar los pilares fundamentales que habrán de soportar su propio ordenamiento. He aquí el axioma capital de la unificación.

1.3.1. El Congreso de Panamá de 1826.

Como vimos, esta iniciativa fue propuesta en el siglo XIX cuando SIMÓN BOLÍVAR lo convocó en 1821. Refleja la temprana voluntad política en favor de la armonización jurídica latinoamericana, tal como lo demuestra GARRO cuando cita a BRICEÑO:

[...] el Congreso de Panamá se propuso establecer las bases de una política exterior común, un pacto de alianza defensiva y establecer un tribunal internacional de justicia. El tratado de Panamá, aprobado por este Congreso y suscrito por México, América Central, Colombia y Perú, dispuso el entendimiento futuro de los gobiernos con el fin de discutir y aprobar los principios jurídicos que debían regir sus relaciones mutuas²⁷.

Celebrado entre el 22 de junio y el 15 de julio de 1826, en él fue presentada una propuesta para dar pronto inicio a los trabajos de codificación del derecho internacional privado, manifestación de esta prematura preocupación latinoamericana por la codificación de normas que no ha disminuido con el paso del tiempo, como afirma MAEKELT, y que a pesar de las contradicciones sobre el contenido, metodología y la necesidad misma de la codificación, se ha intensificado en la actualidad²⁸.

²⁷ *Ibíd.*, p. 285.

²⁸ T. MAEKELT. “El desarrollo del derecho internacional privado en las Américas”, Caracas, 2001, disponible en [http://www.oas.org/juridico/spanish/tatiana_maekelt.htm], consultada el 10 de mayo de 2010).

1.3.2. El Tratado de Lima de 1878.

El segundo gran impulso de esta tendencia unificadora, según GARRO, muestra que cuando los europeos recién comenzaban a preocuparse por la unificación del derecho privado, el gobierno peruano convocó a un equipo de juristas latinoamericanos para establecer la existencia de concepciones jurídicas concordantes²⁹.

Este tratado se inclinó por el sistema italiano de la nacionalidad para determinar la ley aplicable en materia de estado civil, capacidad de las personas, matrimonio, sucesiones, y mecanismos de cooperación en materia de competencia internacional y ejecución de sentencias. La mayoría de países asistentes se inclinaban por el criterio territorial que sugería la ley del domicilio.

Jamás entró en vigencia: la Guerra del Pacífico de 1879 y las diferencias respecto a algunas de sus disposiciones lo impidieron, tan sólo Perú lo ratificó³⁰. No obstante, abarcó toda la materia del derecho internacional privado y marcó el inicio de la batalla jurídica y filosófica que aún no se ha resuelto en América Latina: personalismo *vs.* territorialismo³¹.

1.3.3. Los Tratados de Montevideo de 1889.

Como respuesta a la crítica concepción nacionalista de Lima surgieron los Tratados de Montevideo de 1889, sobre derecho civil internacional, derecho comercial internacional y derecho procesal internacional, que se alejaron del globalismo absoluto, lo cual, según opinión de MAEKELT, facilitó su ratificación y aplicación práctica³².

Fueron concebidos con el propósito de unificar algunas materias de derecho internacional privado para América del Sur, como expresa MURIEL-CICERI:

²⁹A. M. GARRO. Ob. cit., p. 290.

³⁰Ibíd., p. 291.

³¹T. MAEKELT. Ob. cit.

³²Ídem.

Del tratado internacional de derecho civil de 1889 puede resaltarse, el que además de regular categorías jurídicas del derecho civil de personas, familia, bienes y sucesiones, prevé en sus artículos 32 a 39, reglas primarias de conexión para la determinación del derecho aplicable a los contratos. Tal es el caso de una regla general, sobre la aplicación de la ley del lugar donde las obligaciones deban cumplirse [...] y reglas especiales sobre la determinación del derecho aplicable a los contratos...³³.

MURIEL-CICERI crítica los tratados de derecho civil internacional y de derecho comercial internacional, en orden a que en ninguno se consagra expresamente el principio de libertad de las partes para la elección del derecho aplicable, ni se determina, a falta de elección del derecho aplicable, el criterio referente a regir el contrato por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos³⁴.

1.3.4. Conferencia de la Habana de 1928: el código Bustamante.

Más tarde sobrevino el esfuerzo de las primeras conferencias panamericanas, que pretendieron dar un trato sistemático al derecho internacional privado y constituyeron la base jurídica necesaria para los procesos de integración económica que se pretendían ya desde aquella época. Este esfuerzo se reflejó en la Sexta Conferencia Panamericana de 1928, que concluyó en la aprobación del Tratado de Derecho Internacional Privado, denominado Código Bustamante, en homenaje a su autor, y que contenía regulaciones sobre derecho internacional privado, derecho procesal y derecho penal³⁵.

Estructura general del Código Bustamante³⁶:

³³ J. H. MURIEL-CICERI. Ob. cit., p. 79.

³⁴ *Ibíd.*, p. 81.

³⁵ *ídem.*

³⁶ F. DUNCKER BIGGS. Ob. cit., p. 125, disponible en [\http://books.google.com.co/books?id=RoeQrri56n4C&pg=PA125&dq=c%C3%B3digo+de+bustamante&hl=es&ei=mh9cTpbUJISwtwe-h

I. Título Preliminar:

- I. Condición jurídica de los extranjeros.
- II. Clasificación de las leyes.
- III. Preceptos y reglas de orden público internacional.
- IV. Leyes personales.
- V. Respeto de derechos adquiridos.

II. Libro primero:

- I. Derecho Civil Internacional.
- II. Nacionalidad.
- III. Naturalización.

III. Libro segundo:

- I. Derecho Mercantil Internacional.

IV. Libro tercero:

- I. Derecho Penal Internacional.

V. Libro cuarto:

- I. Derecho Procesal Internacional.

Según refiere DUNCKER BIGGS, este código resulta ser el más completo que se haya elaborado sobre las distintas materias que comprende el derecho internacional privado. Afirma que el mismo Don ANTONIO SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE señaló el establecimiento de estas normas y principios del derecho internacional como una de las grandes conquistas del siglo³⁷.

Éxito extraordinario, relata DUNCKER BIGGS, comparado con los resultados obtenidos en congresos anteriores. Se refiere a la solución que el artículo 7.º dio a la tradicional discusión entre el domicilio y la nacionalidad:

[mIDA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=4&ved=0CDQQ6AEwAzgK#v=onepage&q=c%C3%B3digo%20de%20bustamante&f=false](#)], consultada el 1.º de junio de 2010.

³⁷ Ídem.

Cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio, las de nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en lo adelante su legislación interior³⁸.

MURIEL-CICERI, por el contrario, considera, con remisión a SAMTLEBEN³⁹, que el hecho de ceder a los Estados la elección entre la aplicación de la ley nacional y la ley del domicilio, fue su epicentro problemático⁴⁰.

En armonía con GARRO, al disponer este artículo que por ley personal se entienda la del domicilio o la de nacionalidad, o la que haya adoptado o adopte en adelante la legislación interna del Estado interesado, la unificación del criterio de ley aplicable sólo se hubiera logrado en caso de un acuerdo generalizado, cosa que no fue posible, privando al Código Bustamante de su gran potencial unificador⁴¹.

No obstante, no había otro camino para zanjar esta dificultad, decía DUNCKER BIGGS, distinto a respetar en este punto la voluntad y el criterio nacional de cada Estado, considerando que la adopción de la nacionalidad o del domicilio era en realidad para cada Estado un asunto de orden público⁴².

Este código fue ratificado por quince Estados latinoamericanos, con y sin reservas. No fue ratificado por Argentina, Colombia, México, Paraguay ni Uruguay.

1.3.5. Convenciones Interamericanas de Derecho Privado –CIDIP–, de 1971 a la actualidad: época pragmática.

El paso siguiente más revelador en el proceso de unificación de América lo dio la creación de la OEA. Al establecer sus bases institucionales en la Carta de Bogotá de 1948, dispuso la creación de un Consejo Interamericano de Jurisconsultos con el

³⁸ Código Bustamante, artículo 7.º; cfr. *ibíd.*, p. 126.

³⁹ Cfr. J. SAMTLEBEN. “Versuch ueber die Konvention von Mexiko...”, p. 385 (389), citado por MURIEL-CICERI. “Aspectos de la unificación del Derecho internacional privado...”, *cit.*, pp. 645-652 (650).

⁴⁰ J. H. MURIEL-CICERI. *Ob. cit.*, p. 81.

⁴¹ A. M. GARRO. *Ob. cit.*, p. 293.

⁴² F. DUNKER BIGGS. *Ob. cit.*, p. 126.

propósito de fomentar tanto como fuera posible la uniformidad de las legislaciones americanas.

Durante los siguientes cincuenta años, nos relata GARRO, los esfuerzos de los organismos técnicos de la OEA estuvieron orientados a explorar la posibilidad de armonizar los criterios de selección del derecho aplicable adoptados por el Código Bustamante con aquellos incorporados en los Tratados Sudamericanos de Derecho Internacional Privado y el “*Restatement of Conflicts of Laws*”, preparado por el *American Law Institute*. Estos intentos no arrojaron resultados y el Consejo debió lidiar con la inercia de los gobiernos para que cooperaran activamente en los esfuerzos de codificación del derecho internacional privado⁴³.

Durante la segunda mitad de la década del 60, afirma GARRO, el Consejo consideró la posibilidad de orientar sus esfuerzos en forma gradual y progresiva, elaborando instrumentos enfocados en los aspectos medulares de las relaciones comerciales interamericanas. Con este propósito, en 1971 la Asamblea General de la OEA convocó la Primera Conferencia Interamericana Especializada en Derecho Internacional Privado – CIDIP-I–, que se realizó en Panamá en enero de 1975⁴⁴.

Para la OEA el derecho internacional privado es el marco jurídico formado por convenciones, protocolos, leyes modelos, guías legislativas, documentos uniformes, ley de casos, práctica y costumbre, así como otros documentos e instrumentos que regulan la relación entre individuos en un contexto internacional. La OEA, por medio de su Secretaría de Asuntos Jurídicos –SAJ–, juega un papel central en la armonización y codificación del derecho internacional privado en el hemisferio occidental⁴⁵.

El componente principal de estas labores en el contexto interamericano son las Conferencias Especializadas sobre Derecho Internacional Privado, las cuales la OEA

⁴³ A. M. GARRO. Ob. cit., p. 295.

⁴⁴ Ídem.

⁴⁵ Cfr. [http://www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado.htm], consultada el 15 de mayo de 2012.

convoca aproximadamente cada cuatro a seis años. Conocidas por sus siglas en español como CIDIP, estas Conferencias han producido 26 instrumentos internacionales de amplio uso (incluyendo convenciones, protocolos, documentos uniformes y leyes modelos) que le dan su forma al marco interamericano de Derecho Privado⁴⁶.

La primera de estas Conferencias, la CIDIP-I⁴⁷, se realizó en la Ciudad de Panamá en 1975. La Conferencia más reciente, la CIDIP-VI⁴⁸, se realizó en la sede de la OEA en Washington, en 2002. La primera parte de la CIDIP-VII⁴⁹, se convocó entre el 7 y el 9 de

⁴⁶ Ídem.

⁴⁷ La CIDIP-I, adoptó las siguientes seis convenciones sobre comercio internacional y derecho procesal: la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas; la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Cheques; la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional; la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias; la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia Recepción de Pruebas en el Extranjero; la Convención Interamericana sobre el Régimen Legal de Poderes para ser usados en el Extranjero. Cfr. [http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPI_home.htm], consultada el 15 de mayo de 2012.

⁴⁸ La CIDIP-VI, celebrada en la sede de la OEA en Washington en 2002, adoptó los siguientes instrumentos internacionales: La Ley Modelo Inter-Americana sobre Garantías Mobiliarias, la Carta de Porte Directa Uniforme Negociable Interamericana para el Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera, y la Carta de Porte Directa Uniforme No-Negociable Interamericana para el Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera. Cfr. [http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVI_home.htm], consultada el de mayo de 2012.

⁴⁹ La Séptima Conferencia de Derecho Internacional Privado (CIDIP-VII) se convocó en junio de 2003. Los Estados Miembros aprobaron los temas de protección al consumidor y registros electrónicos para la agenda formal de la CIDIP-VII y designaron expertos gubernamentales por materia, y expertos sobre derecho internacional privado, para participar en los trabajos preparatorios de elaboración de los instrumentos interamericanos sobre estos temas. La Asamblea General solicitó al Comité Jurídico Interamericano que colabore con los trabajos preparativos y a la Secretaría General que explore formas de colaboración con organizaciones internacionales, incluyendo la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado, la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral), el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), el Banco Interamericano de Desarrollo, entre otras, involucradas en el proceso de redacción y promoción de instrumentos internacionales compatibles con los elaborados en el proceso de la CIDIP. Cfr. [http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_home.htm], consultada el 15 mayo de 2012.

octubre de 2009, donde fue adoptado el Reglamento Modelo para el Registro bajo la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias⁵⁰.

1.3.6. Unificación de América Anglosajona y América Latina.

Estos esfuerzos adelantados por la OEA resultan ser herramientas útiles para alcanzar la unificación en el hemisferio jurídico americano; funcionan como instrumentos de entendimiento entre países de tradición romana y países del *common law*. Como demuestra GARRO, la mayoría de las convenciones interamericanas han buscado el acoplamiento de culturas jurídicas que, aunque cuentan con un estilo y metodología diferentes, no difieren mucho en sus objetivos. Esta tarea ha sido llevada a cabo a lo largo de medio siglo principalmente por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos y la Federación Interamericana de Abogados, entidades que han promovido sobre todo el intercambio entre juristas angloamericanos y latinoamericanos⁵¹.

Tales esfuerzos se han manifestado en el terreno diplomático, alcanzando un notable entendimiento entre delegados de ambas culturas. Al menos las inquietudes que manifestaron quienes representan a los países anglosajones, los comentarios de la doctrina norteamericana, así como las adhesiones de los gobiernos de Estados Unidos y Canadá a los instrumentos elaborados por las CIDIPs, expresan un verdadero compromiso en el proceso de unificación⁵².

De acuerdo con GARRO, la incorporación de Canadá a la OEA es muy reciente, no habiendo suscrito hasta ahora ninguna de las convenciones interamericanas; por su

⁵⁰ [http://www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado.htm], consultada el 15 mayo de 2012.

⁵¹ A. M. GARRO. Ob. cit., p. 297.

⁵² El 3 de junio de 2009, los Ministros de Relaciones Exteriores de las Américas adoptaron la resolución AG/RES. 2438 (XXXIX-O/09), en la que se resolvió que la Resolución de 1962, mediante la cual se excluyó al Gobierno de Cuba de su participación en el sistema interamericano, queda sin efecto en la Organización de los Estados Americanos –OEA–. La resolución de 2009 declaró que la participación de la República de Cuba en la OEA será el resultado de un proceso de diálogo iniciado a solicitud del Gobierno de la República de Cuba y de conformidad con las prácticas, los propósitos y principios de la OEA. Cfr. [http://www.oas.org/es/estados_miembros/default.asp], consultada el 15 de junio de 2010.

parte, los Estados Unidos se han tomado un promedio de veinte años para ratificar sólo dos instrumentos. Tampoco Brasil ha ratificado ningún instrumento interamericano. Sin embargo, los avances en la búsqueda de la unificación resultan ser bastante significativos; incluso estas convenciones propician la adhesión de países no americanos: España ha adherido en dos ocasiones⁵³.

GARRO sugiere que si el objetivo fundamental que se persigue es la armonización y unificación entre sistemas heterogéneos vinculados por importantes lazos comerciales, va de suyo que aun cuando la unificación de criterios entre los países de América Latina es importante en sí mismo, el desafío mayor es el de lograr, por un lado, un entendimiento jurídico entre los países latinoamericanos, en vías de desarrollo y de tradición continental romanista, y, por otro, un entendimiento no menos sólido con los países de raigambre jurídica anglosajona, industrializados, como Estados Unidos y Canadá⁵⁴.

Así, mientras avanza el proceso de unificación del derecho internacional privado en América, vemos cómo los sistemas jurídicos americanos, principalmente en materia del derecho de los contratos internacionales, se tornan cada vez más axiomáticos y exhaustivos.

Mientras tanto se extiende la influencia de los instrumentos internacionales desarrollados en el ámbito americano, y en el horizonte emerge, poco a poco, un nuevo amanecer para la ciencia del derecho, el despertar de una nueva generación de juristas internacional privatistas conscientes de la necesidad de unificar a América. Es posible entonces decir que ha comenzado un nuevo apogeo de nuestra civilización: la idea de la unificación del derecho internacional privado ha alcanzado su más elevado nivel.

2. Unificación de Europa.

⁵³ A. M. GARRO. Ob. cit., p. 297.

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 298.

2.1. La quimera.

FERNÁNDEZ ROZAS explica que mientras se supera el largo y lento camino hacia la unificación de las leyes subsistirán soluciones propias del derecho internacional privado como respuesta al pluralismo, e invita a reflexionar sobre los métodos más adecuados de este ordenamiento en el ámbito de los contratos transnacionales⁵⁵.

Para este autor no es momento ya de entrar en el debate en torno a la insuficiencia de las normas de conflicto clásicas para resolver los problemas derivados del tráfico mercantil internacional. Por el contrario, recuerda que el método conflictual, entendido como aquél conjunto de normas que se limita a designar la ley aplicable a una determinada relación jurídica conectada con dos o más ordenamientos jurídicos, si bien no ha desaparecido por completo, ha mostrado cierta ineficacia en la resolución de los problemas del tráfico mercantil internacional. Explica FERNÁNDEZ ROZAS que el derecho internacional privado es altamente abstracto y académico, mientras que el derecho comercial es a menudo menos preciso, pero más vivo⁵⁶.

Bajo ciertas circunstancias podríamos tomar de la experiencia europea su metodología, haciendo abstracción de consideraciones académicas o filosóficas; no obstante, no podemos imaginar el proceso de unificación del derecho tan sólo como una entelequia jurídica idónea para facilitar la circulación de mercancías o capitales en un territorio determinado.

La experiencia conjunta de África, América, Asia, Europa y Oceanía, demuestra que hay mucho más que sólo intereses económicos en discusión. Debemos observar la integración europea y la unificación americana desde una perspectiva mucho más profunda, coherente con la trayectoria misma de los demás pueblos, que nos permita

⁵⁵ JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS. *El lento camino hacia la europeización del Derecho de los contratos*, Madrid, Colegio Notarial de Madrid, 2009, p. 271, disponible en [http://eprints.ucm.es/9493/1/EL_LENTO_CAMINO_HACIA_LA_EUROPEIZACION_DE_DERECHO_DE_LOS_CONTRATOS.pdf], consultada el 29 de julio de 2010.

⁵⁶ Ídem.

comprender el sentido específico de este gran esfuerzo, el cual ha de ser llevado a cabo, a su vez, por una multitud de pueblos absolutamente diversos, en virtud del desarrollo de un sistema universal de contratación.

Con todo, nada de lo que podamos descubrir ahora garantizará siquiera una ostensible reducción del costo que traerá a las nuevas generaciones de internacional privatistas la búsqueda incesante de este sistema universal de contratación, aun cuando esta tendencia constituya en esta época un verdadero *leitmotiv* para la ciencia jurídica.

Es menester, por tanto, impulsar un esfuerzo todavía más grande, un esfuerzo global sin precedentes, mediante el cual todas las naciones ajusten sus ordenamientos jurídicos al avance imparable de la internacionalización de los negocios, y reconozcan esta necesidad intrínseca, demasiado humana, de hallar una especie de piedra filosofal que, eventualmente, propicie la transformación del derecho internacional privado, así como el vencimiento definitivo de todo género de suspicacias y cuestionamientos sobre los riesgos que conlleva el establecimiento de un ordenamiento global que regule de manera uniforme las relaciones jurídicas privadas.

Para alcanzar la unificación no basta simplemente con transmitir de generación en generación un legado de principios reunidos en una compilación ancestral. He aquí, pues, esta cuestión fundamental, esencial en la discusión sobre la construcción del sistema jurídico contemporáneo.

2.1.1. Búsqueda de la piedra filosofal.

Debemos cuestionarnos acerca de cuánto podrían lograr los pueblos de la Tierra si actuaran en el mismo sentido de los pueblos europeo y norteamericano, si los gobernantes plantearan tesis encaminadas a dejar de lado las diferencias ideológicas y culturales, relegadas a un segundo plano en favor de la prosperidad conjunta. Pero estas tesis se deben plantear no sólo para Europa y Norteamérica, sino también para los pueblos africanos, asiáticos y oceánicos.

Si todos se dispusieran a reunir y dirigir la mejor parte de sus recursos en una sola dirección, y se unieran en un esfuerzo unificador conjunto, capaz de ser articulado en un

momento dado, quizá las futuras generaciones podrían ver algo distinto a lo que estamos acostumbrados.

Tras experimentar en carne propia las dificultades que genera la defensa a ultranza de los intereses nacionales, contrastando, naturalmente, las ventajas que ofrece la unificación, los pueblos de África, América, Europa, Asia, y Oceanía, comprendieron esto muy bien: la lógica de crear un orden global que conduzca a acoplar sus sistemas jurídicos, a unir, finalmente, la totalidad de sus recursos alrededor de un mismo propósito.

Nuestros pueblos emergen de un complicado pasado. Lograron superar sus odios y diferencias, y sumaron sus esfuerzos en la búsqueda del bienestar general. Y, ahora, a pesar de las crisis momentáneas, por primera vez, unos están muy cerca de conformar una Gran América; otros, una Gran Europa, etc.

FERNÁNDEZ ROZAS nos ofrece una perspectiva precisa del momento en que comenzaron a surgir aportes importantes sobre la cuestión de la unificación europea. Según su relato, una reciente experiencia, tendiente a la unificación del derecho de los contratos, se consolidó en 1980 a partir de la conformación de un grupo de profesores encabezados por LANDO, y en ella se detallaron principios comunes en los países de la Unión Europea, relativos a la formación, validez, interpretación y contenido de los contratos, y a otras cuestiones concretas⁵⁷.

Para este autor, evidentemente esta iniciativa no podía ocultar la apuntada orientación anglosajona, contraria a la teoría general de las obligaciones, favorable al estudio de los problemas particulares del derecho contractual: una filosofía inspirada en la concepción esencialmente económica del contrato, concebido como instrumento económico en un mercado de competición⁵⁸.

⁵⁷ JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS. *El lento camino hacia la europeización del Derecho de los contratos...*, cit., p. 257.

⁵⁸ Ídem.

Al respecto, en su *ius mercatorum* nos relata la historia del proceso codificador del derecho mercantil internacional en Europa o, como él mismo prefiere llamarlo, el proceso codificador del derecho de los negocios transnacionales⁵⁹, de suerte que nos revela un indicio inquietante cuando afirma que desde la antigüedad los comerciantes manifestaron una tendencia inequívoca a crear instituciones y reglas específicas a sus actividades al margen del derecho común, a dotarse de normas que facilitarían la rapidez de las transacciones, que no estuvieran condicionadas por el formalismo, que flexibilizaran el crédito y que establecieran un sistema de garantías a la hora de ejecutar de las obligaciones⁶⁰.

La utilidad de la codificación consiste, de acuerdo con MONÉGER, en la posibilidad de unificar los derechos y ordenamientos que se superponen, se entremezclan y se oponen en detrimento de los ciudadanos⁶¹. Sin embargo, este fenómeno catalizador unitivo de la codificación puede darse sólo si existen otras razones igualmente sólidas para tal búsqueda de lo idéntico, de lo único, de lo común. Es necesario, reclama MONÉGER, como ocurrió con el surgimiento de las Ordenanzas de LUIS XIV y su ministro COLBERT, o con el advenimiento de los códigos napoleónicos a principios del siglo XIX, o actualmente en el seno de la Unión Europea, que exista una demanda de unificación, que se exija más justicia y más seguridad jurídica en la pluralidad de sistemas jurídicos, que se promueva, en fin, un sentimiento de pertenencia a una misma y única sociedad⁶².

En este sentido, al examinar la influyente trayectoria de los instrumentos jurídicos de creación europea, podemos hacernos una idea de por qué en Europa se apela a ellos cada vez con más confianza y certidumbre, debido a su idoneidad para garantizar el grado de certeza jurídica que demandan los negocios internacionales de la contemporaneidad.

⁵⁹ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS. *Ius mercatorum...*, cit., p. 27.

⁶⁰ Ídem.

⁶¹ J. MONÉGER. *De la ordenanza de Colbert de 1673 sobre el comercio al nuevo Código de Comercio de 2000*, Bogotá, Díkaion, 2002, p. 76, disponible en [<http://biblioteca.unisabana.edu.co/revistas/index.php/dikaion/article/view/524/789>], consultada el 10 de agosto de 2010.

⁶² Ídem.

De acuerdo con MURIEL-CICERI, si en Europa las cosas continúan marchando en esta dirección, eventualmente uno de estos instrumentos, quizá el marco común de referencia para los contratos europeos, podría trascender, constituirse en una guía fundamental para construir un mejor sistema de contratación⁶³. Debemos considerar este instrumento desde una óptica abierta, atendiendo sobre todo a las señales de su potencial unificador, buscando puntos de contacto que puedan llegar a ser compatibles con aquellos instrumentos de creación americana, asiática, africana u oceánica.

FERNÁNDEZ ROZAS nos revela un aspecto crítico de este proceso codificador que se suscita en el ámbito académico europeo: afirma que en los últimos años se ha extendido una línea de pensamiento, que se decanta por la unificación jurídica en Europa, a partir de una labor previa de armonía de las diversas variedades jurídicas nacionales, basadas en una supuesta tradición histórica común, un tanto al estilo de la América Latina. Este autor ha observado en Europa un creciente entusiasmo por construir una historia del *ius commune* europeo vinculado a la polémica en torno a la conveniencia de la codificación y de la construcción de un derecho privado europeo, y advierte el deber de comparar entre ese *ius commune*, que contaba con un instrumento fundamental de comunicación, un lenguaje común, el latín, y el actual derecho europeo, que registra considerables divergencias, tanto en el espíritu que lo impulsa como en el método que emplea⁶⁴.

De tomarse en consideración este *ius commune*, teme FERNÁNDEZ ROZAS, se erigiría una suerte de “*droit savant*” de mera elaboración doctrinal, al margen de cualquier intervención de la autoridad pública⁶⁵. Para él la doctrina actual se inclina más hacia la indagación de ciertos rasgos comunes en la historia del continente europeo que hacia

⁶³ JOSÉ HERNÁN MURIEL-CICERI. Diálogo en Múnich, mayo de 2011.

⁶⁴ JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS. *El Derecho de los contratos en el marco de la unificación jurídica del Derecho privado de la Unión Europea*, libro Homenaje al profesor Didier Opperti Badán, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2005, p. 158, disponible en [http://eprints.ucm.es/6566/1/DERECHO_DE_LOS_CONTRATOS_EN_EL_MARCO_DE_LA_UNIFICACION_JURIDICA.pdf], consultada el 21 de agosto de 2010.

⁶⁵ Ídem.

construcciones que no son otra cosa que la nostalgia de una unidad imaginaria, una suerte de paraíso perdido⁶⁶⁻⁶⁷.

BANDIERI, por su parte, observa el despliegue a escala mundial de este *ius commune*, derivado preponderantemente de las categorías del *common law*, basado casi siempre en la autonomía de la voluntad, que delega la composición de sus conflictos a instancias arbitrales o judiciales, también formadas en el *common law*⁶⁸.

FERNÁNDEZ ROZAS, al narrarnos en su *ius mercatorum* la historia de la codificación europea, resalta también la experiencia de Unidroit, revelando que la iniciativa de redactar un código comercial internacional floreció en el seno de esta institución, a partir de una idea surgida en el siglo XIX, y que trató de afirmarse a principios del XX; iniciativa que fue desechada por las circunstancias de la época, caracterizadas por la presencia de un marcado nacionalismo y la obsesión por la defensa de la industria nacional⁶⁹. No obstante, evoca este autor, el intento no quedó en el olvido y fue abordado posteriormente por Unidroit, empujado por la necesidad de resolver las profundas diferencias socioeconómicas surgidas entre los Estados en virtud de la Segunda Guerra Mundial y, posteriormente, con el fin de acercar los sistemas enfrentados durante la Guerra Fría⁷⁰.

Pero las dificultades que conllevaba este ambicioso proyecto habrían de decantar las labores de Unidroit hacia la codificación parcial. FERNÁNDEZ ROZAS, considera que el balance de tal labor es importante toda vez que, desde su fundación, Unidroit ha preparado casi un centenar de estudios jurídicos sobre la compraventa, las operaciones de crédito, las operaciones de transporte, las responsabilidades civiles, los procedimientos y el turismo, así como más de 70 estudios y proyectos, de los cuales

⁶⁶ Ídem.

⁶⁷ JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS. Diálogo en Madrid, cit.

⁶⁸ L. M. BANDIERI. “Derecho global y nuevo Medioevo jurídico”, *Revista Dikaion*, Bogotá, p. 24, disponible en [<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=85002&info=link>], consultada el 27 de agosto 27 de 2010.

⁶⁹ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS. Ob. cit., p. 219.

⁷⁰ Ídem.

muchos se han cristalizado en instrumentos internacionales y relevantes textos unificadores en el seno de otros foros de codificación, como la Conferencia de la Haya, el Consejo de Europa, Unesco y Uncitral⁷¹.

De ahí que debamos dirigir nuestra atención a los diversos instrumentos jurídicos de creación europea, tal como sugiere MURIEL-CICERI, en la búsqueda de su rango de influencia sobre la consolidación del proceso de unificación del derecho internacional privado en su totalidad⁷².

Como vemos, algunos principios contractuales europeos prevalecieron indemnes durante siglos: a lo largo de la historia poderosos imperios cayeron, y no obstante, la mayoría de principios sobre los cuales se fundaron sus sistemas legales fueron preservados hasta nuestros días. Y aunque hoy en día algunos de estos principios carecen de fuerza vinculante en el espectro americano, son, sin embargo, perfectos para regular en el terreno global la materia de la que se ocupan: con toda razón hay quienes auguran que el sistema de contratación universal llegará a desarrollarse con fundamento en ellos⁷³.

Acaso podamos calcular con relativa exactitud su eficacia en la configuración del futuro derecho contractual, o tal vez hayamos pasado por alto la necesidad de convertirlos en axiomas capitales respetados por casi todos los pueblos occidentales.

2.2. Visión unificadora europea.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ reúne en su obra a algunos de los juristas europeos más destacados del siglo XX, aquellos que dedicaron su labor a este noble propósito y demostraron en su momento la tendencia unificadora de cada época⁷⁴.

⁷¹ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS. Ob. cit., p. 220.

⁷² J. H. MURIEL-CICERI. Diálogo en Bogotá, agosto de 2011.

⁷³ Ídem.

⁷⁴ M. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ. *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 267.

Nos remite especialmente a la obra de RIPERT, quien presentó en 1933 un compendio de principios de derecho privado enfocado en la sistematización de las soluciones establecidas a los problemas jurídicos de ese periodo, en busca de la unificación de las leyes locales en materia privada. RIPERT se refiere también al trabajo adelantado por el Unidroit de entonces, así como a la redacción de un proyecto de Código franco-italiano de las Obligaciones⁷⁵, progresos que consideró pruebas de la existencia de un cuerpo común de principios y reglas en los sistemas legales del mundo⁷⁶.

Más tarde, en 1956, el Profesor JOSEF ESSER, discípulo de RIPERT, elaboró también una lista de principios generales, según describe RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, impresionado por la existencia y similitud de tantas instituciones de derecho privado en el ámbito internacional⁷⁷.

En lo que se refiere al derecho comercial internacional, este autor señala el aporte del *Lord Justice MUSTILL*, quien en 1987 se refirió en muchísimas de sus sentencias a los principios *pacta sunt servanda*, *rebus sic stantibus*, *culpa in contraendo* y *bona fides*, como rectores de este orden jurídico⁷⁸.

Estos vitales componentes del sistema jurídico contemporáneo permiten visualizar en gran medida un escenario, hasta hace poco utópico, donde el derecho internacional privado emerge como uno solo, y en virtud del cual, de momento, se desenvuelve este

⁷⁵ Este proyecto fue elaborado por una comisión integrada por los franceses H. CAPITANT, A. COLIN, G. RIPERT, y por los italianos A. ASCOLI y R. DE RUGGIERO; fue aprobado el 31 de octubre de 1927 y publicado en 1929. Por razones políticas no se convirtió en realidad en los países que lo promovían. Cfr. Ó. E. OCHOA. *Personas: Derecho civil 1*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, p. 164, disponible en [\[http://books.google.com/books?hl=es&lr=lang_de|lang_es|lang_fr|lang_en|lang_it|lang_pt&id=VVaY4mTjfwC&oi=fnd&pg=PA21&dq=ISBN:+980-244-225-9&ots=7Nkw5NPDgS&sig=OPFMc6yIRyRDZZNXRe0mVMVuIUk#v=onepage&q=ISBN%3A%20980-244-225-9&f=false\]](http://books.google.com/books?hl=es&lr=lang_de|lang_es|lang_fr|lang_en|lang_it|lang_pt&id=VVaY4mTjfwC&oi=fnd&pg=PA21&dq=ISBN:+980-244-225-9&ots=7Nkw5NPDgS&sig=OPFMc6yIRyRDZZNXRe0mVMVuIUk#v=onepage&q=ISBN%3A%20980-244-225-9&f=false), consultada el 30 de agosto de 2010.

⁷⁶ M. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ. Ob. cit., p. 268.

⁷⁷ Ídem.

⁷⁸ M. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ. Ob. cit., p. 269.

complejo proceso de unificación⁷⁹.

Mejor sería asumir consecuentemente este proceso unificador. Nos conformarnos solamente con pensar, tal como sugirieron algunos eruditos de la Alemania de VON SAVIGNY, o como pretenden algunos académicos contemporáneos, que los tiempos todavía no han alcanzado la madurez para afrontarlo. Mejor mirarnos cara a cara y aceptar de una vez por todas que los pueblos están adquiriendo un nuevo carácter, que nuestro futuro ha tomado un nuevo rumbo, un estilo de vida forjado, desde luego, en el cotidiano devenir de los negocios internacionales.

2.2.1. Los principios Unidroit.

Los principios Unidroit explican en gran medida por qué los primeros intentos de unificación total del derecho internacional privado adoptaron, por lo general, la típica forma de instrumentos vinculantes: convenciones internacionales, actos legislativos supranacionales o leyes modelo que, no obstante, a menudo quedaron sin aplicación o fueron fragmentados⁸⁰.

Unidroit reitera su demanda del desarrollo de costumbres del comercio internacional a través de cláusulas y contratos modelos elaborados con fundamento en las prácticas comerciales actuales, concernientes, en los contratos en particular, a aspectos específicos de estos; incluso propugna por la elaboración de un *restatement*

⁷⁹ GÓMEZ VÁSQUEZ escribe que la acelerada conformación de cuerpos normativos que regulan o pretenden regular a futuro la contratación internacional (Convención de Viena de 1980, Principios Unidroit, Código Europeo de Contratos, Principios de Derecho Europeo de Contratos, entre otros), permite la identificación, más o menos precisa, de un derecho contractual internacional, caracterizado por su propensión a favorecer la eficacia del contrato internacional en acogimiento del tradicional principio contractual del *favor negotii*: cfr. C. GÓMEZ VÁSQUEZ. “El principio de conservación del contrato en el Derecho Contractual Internacional (Análisis dogmático y contextual)”, *Ambiente Jurídico*, n.º 8, Manizales, 2006, p. 1, disponible en [<http://doctrina.vlex.com.co/vid/conservacion-contractual-dogmatico-contextual-216644417>], consultada el 15 de septiembre de 2010.

⁸⁰ Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. *Principios Unidroit*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. XIV.

internacional de principios generales del derecho de los contratos. Es en esta dirección, precisamente, que se dirige su iniciativa⁸¹⁻⁸².

Según refiere OVIEDO ALBÁN, Unidroit, fundada en 1926 bajo el auspicio de la Liga de Naciones, hoy ONU, y restablecida en 1940 sobre las bases de un tratado internacional conocido como el Estatuto Orgánico de Unidroit, es una organización intergubernamental creada para promover la armonización y unificación del derecho privado a nivel internacional, teniendo como punto de partida la creciente liberalización del comercio y el proceso de integración económica⁸³.

Resalta el autor que en 1968, cuarenta años después de su fundación, surgió la idea de crear un cuerpo normativo para los contratos internacionales, y que en 1971 el Consejo Directivo incluyó en su agenda de trabajo la preparación de un ensayo de unificación relativo a la parte general de los contratos. Pero no fue sino hasta 1980 cuando se creó un grupo de trabajo con el fin de redactar los diferentes capítulos de los principios, constituido por representantes de diversas culturas y sistemas jurídicos del mundo⁸⁴⁻⁸⁵.

Expresa OVIEDO ALBÁN que los principios Unidroit representan una nueva aproximación al derecho de los negocios internacionales, y son un intento por remediar

⁸¹ Ídem.

⁸² Cfr. International Institute for the Unification of Private Law. *Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010*, Roma, disponible en [<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>], consultada el 6 de mayo de 2012.

⁸³ J. OVIEDO ALBÁN. *Estudios de Derecho Mercantil Internacional: Principios de Unidroit, Lex Mercatoria, Compraventa Internacional, Contratación Electrónica, Insolvencia Transfronteriza*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2009, p. 22.

⁸⁴ Ídem.

⁸⁵ Así, un reducido comité piloto compuesto por R. DAVID, representante de los sistemas jurídicos de tradición romanística, C. M. SCHMITTHOFF, representante de los sistemas del *Common Law*, y TUDOR POPESCU, representante de los países socialistas fue encargado de realizar los estudios preliminares acerca de la posibilidad de tal proyecto. Las labores del Grupo de Trabajo terminaron en 1994, con la publicación de los principios para los contratos comerciales internacionales. Cfr. J. OVIEDO ALBÁN. *Estudios de Derecho Mercantil Internacional: ...*, cit.

muchas de las deficiencias surgidas del derecho aplicable a tales negocios. No están concebidos como una forma de modelo de cláusulas contractuales para ningún tipo de convenio en particular, ni constituyen una forma de convención internacional de ley uniforme para los contratos internacionales: derivan su valor únicamente de su fuerza persuasiva⁸⁶.

No obstante, tal como declara Unidroit en sus comentarios al preámbulo de la versión de 2004⁸⁷, y como podemos constatarlo en su versión de 2010⁸⁸, estos principios son restringidos en cierta medida, porque establecen reglas generales concebidas fundamentalmente para los contratos mercantiles internacionales, reserva que no se

⁸⁶ Ídem.

⁸⁷ La naturaleza y alcance de los principios Unidroit quedan establecidos para las siguientes situaciones específicas: en su sentido más categórico, deben aplicarse cuando las partes han acordado que su contrato se regirá por ellos (Parág. 2.º), evento para el cual Unidroit sugiere la redacción de una cláusula en los siguientes términos: “El presente contrato se rige por los Principios Unidroit (2004) [excepto en lo que respecta a los artículos...]”; del mismo modo lo hace para el evento en que las partes deseen pactar adicionalmente la aplicación de un derecho nacional en particular: “El presente contrato se rige por los Principios Unidroit (2004) [excepto en lo que respecta a los artículos...], integrados cuando sea necesario por el derecho [del Estado X]”; por otra parte, en un sentido un poco más discrecional, los Principios Unidroit pueden ser aplicados cuando las partes hayan acordado que su contrato se regirá por los principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes (Parág. 3.º); también pueden ser aplicados cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato (Parág. 4.º); pueden ser utilizados para interpretar o complementar los instrumentos internacionales de derecho uniforme (Parág. 5.º); o para interpretar o complementar el derecho nacional (Parág. 6.º), e incluso servir como modelo para los legisladores nacionales o internacionales (Parág. 7.º): cfr. Instituto Internacional para la unificación del derecho privado: Ob. cit., p. 1.

⁸⁸ En su versión más reciente, Unidroit sugiere para los eventos en que los Principios deban aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos, insertar la siguiente cláusula, con la adición de eventuales excepciones o modificaciones: “El presente contrato se rige por los Principios Unidroit (2010) [excepto en lo que respecta a los artículos...]”. Del mismo modo sugiere, para los casos en que las partes desearan pactar también la aplicación de un derecho nacional en particular, suscribir la siguiente fórmula: “El presente contrato se rige por los Principios Unidroit (2010) [excepto en lo que respecta a los artículos...], integrados cuando sea necesario por el derecho [del Estado “X”]”. Cfr. International Institute for the Unification of Private Law. *Principios Unidroit...*, cit., disponible en [<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>], consultada el 6 de mayo de 2012.

justifica en la tradicional diferenciación establecida en algunos sistemas entre el carácter civil y mercantil de las partes o de los negocios jurídicos, ni en el estatus de comerciantes que detentan las partes, ni en la naturaleza mercantil del contrato, sino en su propósito de excluir de su ámbito de aplicación las operaciones de consumo, reguladas en algunos ordenamientos por normas especiales de carácter imperativo destinadas a la protección del consumidor⁸⁹.

En tal contexto debemos preguntarnos hasta qué punto los principios Unidroit resultan eficaces para el propósito de unificación del derecho internacional privado en su totalidad; valdría la pena considerarlos como fundamentos sólidos sobre los que se cimienta un sistema de comercio internacional eficiente, a partir del cual los pueblos del mundo podrían sostener con seguridad sus intereses individuales dentro de una atmósfera de respeto y mutualidad.

El trabajo de Unidroit está dirigido en tal sentido: es uno de los más valiosos instrumentos desarrollados por la ciencia jurídica contemporánea para resolver conflictos de leyes. La pregunta más lógica es, por deducción de materia, qué tan lejos pueden llegar tales principios en el proceso de unificación del derecho internacional privado puesto que la influencia que ejercen sobre el mismo es indiscutible; es posible advertirla, por ejemplo, al abordar otros instrumentos de similar naturaleza publicados posteriormente, como lo hizo BERÁUDO, quien los encontró implícitos en la Convención de México de 1994 y en el Reglamento Roma I⁹⁰⁻⁹¹.

⁸⁹ Cfr. Instituto Internacional para la unificación del derecho privado. Ob. cit., p. 2.

⁹⁰ JEAN PAUL BERÁUDO. *Principios de Unidroit (y de la Unión Europea) y su influencia en el derecho internacional*, Dykinson, 2009, p. 301, disponible en [<http://vlex.com/vid/principios-unidroit-uni-influencia-71023157>], consultada el 13 de diciembre 13 de 2010).

⁹¹ Resulta útil en este punto recordar a grandes rasgos las perspectivas de unificación que planteaba el reglamento Reglamento Roma I en su momento, con respecto a otros instrumentos de la misma naturaleza, en los términos expuestos por FRANZINA: “Las relaciones entre el Reglamento Roma I y los convenios internacionales pueden ser examinadas distinguiendo tres aspectos. Un primer aspecto concierne a la relación que el reglamento Roma I mantiene con los convenios internacionales ya concluidos por uno o más Estados miembros. El segundo aspecto, en parte relacionado con el primero, concierne a la relación entre el reglamento Roma I y el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a

BERÁUDO analiza profundamente esta cuestión: toma como punto de partida el Convenio de Roma de 1980, en virtud de cual los contratos se rigen por la ley elegida por las partes, permitiendo, tal como lo expone, la aplicación del derecho de origen no estatal⁹². Para BERÁUDO el concepto de ley no se refiere sólo a la ley de origen parlamentario, sino que incluye decretos y actos administrativos menores, tales como las reglas de sanidad, la seguridad, la caducidad de los productos y, sobre todo, los usos comerciales, tanto los de hecho, como los de derecho. Dentro de la primera categoría BERÁUDO cita como ejemplo el petróleo, que se vende por barriles, o las frutas, que se aprecian según su calibre⁹³. Dentro de la segunda, menciona como uso de derecho, por ejemplo, el año bancario de 360 días o año lombardo, o el anatocismo bancario, por incorporación de los intereses debidos, no convenidos contractualmente⁹⁴.

Cuando BERÁUDO inspecciona el Reglamento Roma I encuentra que el considerando n.º 13⁹⁵ dispone que dicho Reglamento no impide a las partes incorporar, por referencia a su contrato, un derecho no estatal o un convenio internacional, y que el considerando n.º

las obligaciones contractuales. El tercer aspecto concierne a la relación entre el reglamento Roma I y los convenios internacionales que podrán ser celebrados, en un futuro, por la Comunidad Europea, y eventualmente por los Estados miembros, en materia de contratos internacionales”; cfr. PIETRO FRANZINA, . *Las relaciones entre el Reglamento Roma I y los convenios internacionales sobre conflictos de leyes en materia contractual*, Madrid, Cuadernos de Derecho Transnacional, 2009), p. 94, disponible en [<http://kusan.uc3m.es/CIAN/index.php/CDT/article/viewFile/527/305>], consultada el 15 de enero 15 de 2011).

⁹² Artículo 3, numeral 1: “Los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar cierta en los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Para esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato”. Cfr. Convenio de Roma de 1980.

⁹³ JEAN PAUL BERÁUDO. Ob. cit., p. 301.

⁹⁴ Ídem.

⁹⁵ Considerando n.º 13: “El presente Reglamento no impide a las partes incorporar por referencia a su contrato un Derecho no estatal o un convenio internacional”; cfr. Reglamento (CE) n.º 593 del Parlamento Europeo y del Consejo, 2008.

14⁹⁶ hace una referencia expresa a un posible derecho europeo, evidentemente no obligatorio, de los contratos⁹⁷.

A juicio de BERÁUDO, la positividad de los considerandos es menos fuerte que la del texto del Reglamento; pero la interpretación amplia del concepto de ley dada por los considerandos 13 y 14 se une al mismo artículo 3.º del Reglamento, el cual permite la aplicación de los Principios Unidroit⁹⁸.

El campo de aplicación del artículo 3.2 del Reglamento Roma I queda restringido a la elección por los contratantes, mientras que en la Convención de México de 1994 la provisión se encuentra en el texto dedicado a la ley aplicable en ausencia de elección del derecho aplicable por los contratantes. El convenio de México permite a las partes elegir

⁹⁶ Considerando n.º 14: “En caso de que la Comunidad adopte, en un instrumento jurídico oportuno, normas del Derecho material de los contratos, incluidas las condiciones generales, este instrumento podrá prever que las partes puedan elegir aplicar dichas normas”; cfr. Reglamento (CE) n.º 593 del Parlamento Europeo y del Consejo, 2008.

⁹⁷ JEAN PAUL BERÁUDO. Ob. cit., p. 302.

⁹⁸ Artículo 3. “Libertad de elección: 1. El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato. 2. Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad, bien sea en virtud de una elección anterior efectuada con arreglo al presente artículo o de otras disposiciones del presente Reglamento. Toda modificación relativa a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstará a la validez formal del contrato a efectos del artículo 11 y no afectará a los derechos de terceros. 3. Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo. 4. Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo. 5. La existencia y la validez del consentimiento de las partes en cuanto a la elección de la ley aplicable se regirán por las disposiciones establecidas en los artículos 10, 11 y 13”; cfr. Reglamento (CE) n.º 593 del Parlamento Europeo y del Consejo, 2008.

la *lex mercatoria* o los principios Unidroit, indistintamente, mas el Reglamento Roma I no permite al juez aplicar los Principios en las situaciones donde las partes no los han elegido⁹⁹.

En suma, los principios Unidroit nos brindan suficientes elementos para visualizar hasta qué punto el derecho contractual está cerca de dar un salto definitivo en la evolución.

2.2.2. Construcción de un código europeo de derecho privado.

En julio de 2001, cuenta LARROUMET, la Comisión Europea emitió una comunicación, al Consejo y al Parlamento Europeo, requiriéndolos sobre la situación del derecho de los contratos en Europa: quería saber sus opiniones sobre los problemas relacionados con el mercado interior, con motivo de la coexistencia de derechos contractuales nacionales diferentes¹⁰⁰.

Relata este autor que el Parlamento había adoptado con anterioridad resoluciones relativas a la armonización del derecho material europeo; que entre 1989 y 1994 había pedido que se iniciaran trabajos sobre la posibilidad de elaborar un código europeo común de derecho privado, y que, en el año 2000, afirmó que era prioritario lograr una mayor armonización en el ámbito del derecho civil, de modo que requirió a la Comisión para elaborar un estudio en dicho espacio¹⁰¹.

Asimismo, LARROUMET evoca un grupo de profesores de derecho de varias universidades europeas que desde mucho antes había considerado la posibilidad de una unificación del derecho europeo de los contratos. Se remonta a los años 80, cuando se constituyó el grupo que, bajo la dirección de O. LANDO (la comisión Lando), elaboró “los principios del derecho europeo de los contratos”, cuya versión más actualizada

⁹⁹ JEAN PAUL BERÁUDO. Ob. cit., p. 302.

¹⁰⁰ CHRISTIAN LARROUMET. “La unificación del derecho de las obligaciones en Europa”, *Revista de Derecho Privado*, Nueva Época, año V, núm. 13-14, enero-agosto de 2006, pp. 69-80, París, Universidad Panthéon-Assas París II, p. 70, disponible en [<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/13/dtr/dtr4.pdf>], consultada el 22 de abril de 2011.

¹⁰¹ Ídem.

había de ser publicada en 2002; según LARROUMET, principios que constituyen la obra más elaborada sobre unificación del derecho de los contratos en Europa¹⁰².

Trabajo que demuestra fehacientemente la búsqueda exhaustiva de la unificación del derecho internacional privado. Pero la Comisión Lando no fue la única: también se conformó el grupo de Pavía, de la academia de privatistas europeos, que publicó en 2001 su libro *European Contract Code, a Preliminary Draft*. De igual modo, en 1999 se conformó un grupo bajo la dirección de VON BAR, para redactar un código civil europeo. Por otra parte, otros grupos fueron creados para elaborar los principios europeos del derecho de la responsabilidad civil, cuyos trabajos fueron publicados en 2003¹⁰³.

Como demuestra LARROUMET, los europeos están cada vez más empeñados en hallar el eslabón que les permita convertirse en una sola sociedad y para ello desarrollan instrumentos cada vez más sofisticados para avanzar en esta búsqueda. No sabemos hasta dónde puedan llegar, y aunque quizá muy pocos de esos instrumentos logren cruzar la frontera entre la discusión académica y la realidad práctica del derecho de los negocios internacionales, muy seguramente hallarán la manera de integrarse aún más.

2.2.3. El marco común de referencia para los contratos.

Poco antes del cambio de milenio el Concejo Europeo de Tampere, de octubre de 1999, solicitó a la Comisión Europea estudiar la necesidad de armonizar la legislación en el área del derecho civil sustantivo¹⁰⁴. En respuesta, la Comisión publicó en 2001 una comunicación sobre derecho de los contratos europeos con la propuesta de lanzar un proceso de consulta sobre problemas potenciales y acciones en el área del derecho de los contratos, en virtud del claro consenso sobre la necesidad de mejorar la consistencia

¹⁰² Ídem.

¹⁰³ C. LARROUMET. “La unificación del derecho de las obligaciones en Europa”, cit., p. 71.

¹⁰⁴ *Official Journal of the European Union. Commission decision (2010/233/EU)*, Considerando Primero, 27 de abril de 2010, L 105/109, disponible en [<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:105:0109:0111:en:PDF>], consultada el 6 de mayo de 2012.

de la legislación del existente derecho contractual, con el propósito de asegurar su aplicación uniforme y el buen funcionamiento del mercado interior¹⁰⁵.

Así, en 2003, la Comisión publicó un plan de acción llamado “Un derecho contractual europeo más coherente”, mediante el cual propuso mejorar la calidad y coherencia de la legislación del derecho contractual de la Unión a través del establecimiento de un Marco Común de Referencia con el fin de desarrollar un instrumento de referencia no vinculante capaz de contener los principios, las definiciones y las reglas modelo para la revisión de la legislación existente en la Unión, y la preparación de nueva legislación en el área del derecho contractual¹⁰⁶.

Del mismo modo, como medida preparatoria, en 2005 la Comisión financió, a través de una subvención bajo el 6.º Programa Marco de investigación, una red académica europea de investigadores para llevar a cabo una investigación legal a fondo que condujese a un “Proyecto de Marco Común de Referencia”¹⁰⁷.

Posteriormente, el Programa de Estocolmo para 2010-2014 exhortó a la Comisión a suscribir la propuesta de este Marco de Referencia en el área del derecho contractual europeo¹⁰⁸.

Y en este sentido, precisamente, la estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e inclusivo, reconoció la necesidad de hacer menos costoso para las empresas y los consumidores celebrar contratos con socios de otros países de la Unión Europea, entre otras cosas, para avanzar hacia una opción de derecho contractual europeo¹⁰⁹.

REDING explica por qué en Europa era tan necesario un derecho contractual opcional. Sostiene que las empresas y los consumidores informaban regularmente a las autoridades europeas acerca de los problemas prácticos que experimentaban en el

¹⁰⁵ *Ibíd.*, Considerando Segundo.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, Considerando Tercero.

¹⁰⁷ *Ibíd.*, Considerando Cuarto.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, Considerando Quinto.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, Considerando Sexto.

terreno de la contratación internacional¹¹⁰. Algunos se sentían excluidos del acceso a ciertos productos y servicios ofrecidos en el mercado común, debido a las costosas diferencias en derecho contractual¹¹¹.

Del mismo modo, hace mención al Libro Verde que plantea opciones para avanzar hacia un derecho contractual europeo para consumidores y empresas. Tras una iniciativa suya, la Comisión Europea inició, en julio de 2010, un debate sobre la participación de estos agentes en las ventajas del mercado común. Según esta escritora, uno de los instrumentos más interesantes citados en el Libro Verde es, precisamente, un derecho de contratos opcional¹¹².

Escribe además, que la Comisión Europea subvencionó en el VI Programa marco de investigación, una red internacional de investigadores encargada de elaborar un borrador de marco común de referencia, publicado a finales de 2008, basado en los resultados de los proyectos anteriores. En particular, se refiere a los Principles of European Contract Law –PECL–, al derecho de compraventa de las Naciones Unidas, desarrollado por Uncitral¹¹³, y a las reglas modelo para la compraventa de mercancías y prestaciones de servicios elaboradas por Unidroit¹¹⁴.

¹¹⁰ Así lo confirma ALBIEZ DOHRMANN, quien por su parte se cuestiona acerca del realismo del derecho privado, y observa que se empieza a hablar cada vez con más insistencia del derecho empresarial, en el que también tiene cabida el derecho de los consumidores. Explica que los mejores ejemplos de esto son la regulación de la compraventa internacional de mercaderías de la Convención de Viena de 1980, la cual tiene por objeto la venta internacional de mercancías entre empresarios, y la Directiva de las Garantías en la Venta de Bienes de Consumo de 1999, cuyo objeto es la venta de bienes de consumo entre empresarios y consumidores, normativas que tienen muchos más puntos en común que divergencias; cfr. K. J. ALBIEZ DOHRMANN. “Mercado interior, contrato y derecho de la competencia”, *ReDCE*, n.º 5, enero-junio de 2006, Granada, Universidad de Granada, pp. 101-120 (113), disponible en [http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=2149895], consultada el 2 de mayo de 2011.

¹¹¹ V. REDING. *Por qué necesita Europa un derecho contractual europeo opcional*, A. AGUILERA RULL y A. AZAGRA MALO (trads.), Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 2011, p. 3, disponible en [http://www.indret.com/pdf/824_es.pdf], consultada el 3 de agosto de 2011.

¹¹² Ídem.

¹¹³ Uncitral. *Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, disponible en [<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>], consultada el 11 de octubre de 2011.

Las observaciones de REDING demuestran que mediante un derecho contractual europeo opcional se conseguiría, en los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea, un conjunto completo y, en la medida de lo posible, autónomo de disposiciones contractuales que los contratantes podrían elegir como derecho aplicable, de acuerdo con el derecho fundamental de libertad contractual. El autor afirma que un derecho contractual opcional debería constituir un derecho aplicable capaz de resolver las cuestiones jurídicas más importantes que se plantean en la práctica, sin necesidad de acudir para ello a tal o cual sistema de derecho nacional. Este instrumento autónomo no sustituiría a los derechos contractuales nacionales y podría ser aplicado de forma paralela¹¹⁵.

En suma, se abre a la vista un vasto universo dentro del cual las relaciones contractuales se desenvuelven permanentemente; un interminable sistema que podría constituir, en su versión más extensiva, un sistema jurídico global no obligatorio, que facilitaría la creación de una atmósfera apta para la aplicación de principios universales, en virtud del proceso de unificación del derecho internacional privado. Quizá por esta vía los pueblos lograrán alcanzar un mayor grado de evolución, necesario para afrontar el avance de la globalización.

2.3. Algunos principios universales fundamentales.

2.3.1. Pacta sunt servanda.

Parafraseando a WEHBERG, pocos principios de ordenamiento de la sociedad han tenido tan profunda influencia moral y religiosa como el principio de la inviolabilidad de los contratos: *pacta sunt servanda*. Su origen es muy antiguo. En el oriente tanto los caldeos como los egipcios y los chinos, cada uno de acuerdo con su visión del mundo, incorporaban a sus dioses nacionales como parte fundamental del contrato: eran los garantes y amenazaban con intervenir en contra del contratante culpable de su incumplimiento¹¹⁶.

¹¹⁴ REDING. Ob. cit., p. 6.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 5.

¹¹⁶ Cfr. H. WEHBERG. “*Pacta sunt servanda*”, *The American Journal of International Law*, 1959, p. 185, disponible en [<http://www.jstor.org/pss/2195750>], consultada el 24 de septiembre de 2010: “Few rules for

Por esto, la celebración de cada contrato quedaba vinculada a solemnes fórmulas religiosas y así, a partir de los pueblos del Mediterráneo, el interés común en un comercio regulado fue adicionado a la causa religiosa. Concluye WEHBERG que el sentido jurídico de los romanos reconoció que un comercio adecuadamente regulado era posible sólo si los contratos eran respetados¹¹⁷.

2.3.2. “Rebus sic stantibus”.

Principio bajo el cual la validez de un contrato depende de la permanencia de las circunstancias que lo rodean al momento de su formación. FLAMBOURAS escribe al respecto que, en el ámbito de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, ciertos eventos como, por ejemplo, el aumento repentino del precio de las materias primas o una dramática devaluación de la moneda, no facultan al vendedor para evitar su responsabilidad por la falta de entrega de los bienes o para exigir la renegociación de los términos del contrato de venta¹¹⁸.

the ordering of Society have such a deep moral and religious influence as the principle of the sanctity of contracts: *Pacta sunt servanda*. In ancient times, this principle was developed in the East by the Chaldeans, the Egyptians and the Chinese in a noteworthy way. According to the view of these peoples, the national gods of each party took part in the formation of the contract. The gods were, so to speak, the guarantors of the contract and they threatened to intervene against the party guilty of a breach of contract. So it came to be that the making of a contract was bound up in solemn religious formulas [...] With the peoples of the Mediterranean area, the common interest in a regulated commerce was added to the religious motive. The juridical sense of the Romans recognized that a well-regulated trade was possible only if contracts were kept. Then, as earlier, contracts were considered as being under Divine protection” (trad. propia).

¹¹⁷ Ídem.

¹¹⁸ Cfr. DIONYSIOS P. FLAMBOURAS. “The Doctrines of Impossibility of Performance and Clausula Rebus Sic Stantibus in the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law – A Comparative Analysis”, 2001, p. 278, disponible en [<http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1170&context=intlaw&sei-redir=1#search=“Rebus+Sic+Stantibus”>], consultada el 11 de octubre de 2010; “Since the majority opinion considers that the mentioned events are not within the scope of CISG Article 79, it is apparent that the CISG does not adopt the clausula *rebus sic stantibus* doctrine, under which the validity of a contract depends upon the continuance of the surrounding circumstances at the time of its formation. Therefore, events such as a sudden increase in the price of raw materials or a dramatic devaluation of currency, will

Tal como afirma FLAMBOURAS, la interpretación estricta del *pacta sunt servanda* se considera demasiado severa, especialmente en contratos de larga duración tales como los acuerdos de cooperación, los contratos de construcción de larga duración o los contratos de financiación de proyectos, los de distribución y suministro de bienes, los acuerdos de desarrollo urbanístico, etc., donde acontecimientos imprevistos pueden resultar en un cambio fundamental del equilibrio del contrato, casos en los que la prestación de la obligación contractual se vuelve excesivamente onerosa. El autor trae como ejemplo de tal situación aquella donde se presenta un aumento fundamental en los costos de la ejecución o una fuerte reducción en el valor de la prestación que debe ser asumida por la parte en desventaja¹¹⁹.

FLAMBOURAS prevé que los empresarios experimentados, normalmente conscientes de la posibilidad de que estos riesgos puedan ocurrir, al anticipar la continuidad de las circunstancias existentes al momento de la formación del contrato, normalmente incluyen en los documentos del mismo cláusulas de fuerza mayor, de riesgos o cláusulas especiales con las que intentarán anticipar o enfrentar un cambio fundamental

not allow the seller to avoid his liability for non delivery of the goods or to require renegotiation of the terms of the contract of sale. Nevertheless, in many business circles such strict interpretation of the *pacta sunt servanda* rule is considered too severe, especially in contracts of duration such as cooperation agreements, long lasting construction or project finance contracts, distribution and supply of goods agreements, estate development agreements, etc., where unforeseen events may result in a fundamental change of the equilibrium of the contract, thus rendering performance of the contractual obligation excessively onerous. An example of this situation is where there has been a fundamental increase in the costs of the performance or a fundamental decrease in the value of the performance that is to be received by the disadvantaged party. Experienced businessmen are normally aware of the possibility that these risks may occur. Since they anticipate the continuance of circumstances existing at the time of the contract formation, they normally insert in their contract documents force majeure, hardship clauses, or special risks clauses, thus attempting to anticipate and deal with the situation where unforeseen circumstances fundamentally change the contractual equilibrium such that an excessive, normally economic, burden is thrust upon one of the parties” (trad. propia).

¹¹⁹ Ídem.

en el equilibrio contractual por circunstancias imprevistas, de suerte que una excesiva carga, normalmente económica, no se soporte únicamente sobre una de las partes¹²⁰.

2.3.3. Culpa in contrahendo.

KOZOLCHYK afirma que esta institución doctrinal tiene como propósito establecer la responsabilidad por el comportamiento culpable de las partes durante el perfeccionamiento del contrato. Afirma además que aun cuando sus orígenes remotos se encuentran en el concepto romano de la *bona fides*, aplicable especialmente a los contratos consensuales, su origen moderno se debe a un estudio publicado por VON JHERING en 1861¹²¹.

Relata que, preocupado por la deficiente protección que otorgaba en aquel tiempo el derecho civil o común alemán (*Gemeines Recht*) a las necesidades del comercio, VON JHERING, proponía que aquel comportamiento culpable que durante la etapa pre-contractual invalidaba o hacía imposible la perfección del contrato concluido, era responsable de los daños y perjuicios causados a la contraparte, especialmente si ella había confiado en la validez del contrato. Afirmaba VON JHERING, explica KOZOLCHYK, que ante tal incumplimiento, o mal comportamiento, la ley debía restablecer el *statu quo ante*, otorgándole a la parte afectada la restitución de los daños sufridos. Así mismo, escribe KOZOLCHYK, VON JHERING enfatizaba en que el contratante negligente sólo podía culparse a sí mismo de haber creado a la contraparte la falsa apariencia de una obligación válida¹²².

2.3.4. Bona fides.

La buena fe y la lealtad negocial deben ser interpretadas a la luz de las circunstancias especiales del comercio internacional, tal como propone Unidroit. Los modelos de

¹²⁰ DIONYSIOS P. FLAMBOURAS. “The Doctrines of Impossibility of Performance...”, cit., p. 279.

¹²¹ BORIS KOZOLCHYK. *La contratación comercial en el derecho comparado*, Madrid, Editorial Dykinson, 2006, p. 338, disponible en [\[http://books.google.com/books?id=53t0VxO7ToMC&pg=PA339&dq=Culpa+In+contrahendo&hl=es&ei=8M6rTb_zMoby0gGyu_H5CA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=3&ved=0CDQQ6AEwAg#v=onepage&q=Culpa%20In%20contrahendo&f=false\]](http://books.google.com/books?id=53t0VxO7ToMC&pg=PA339&dq=Culpa+In+contrahendo&hl=es&ei=8M6rTb_zMoby0gGyu_H5CA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=3&ved=0CDQQ6AEwAg#v=onepage&q=Culpa%20In%20contrahendo&f=false), consultada el 20 de octubre de 2010.

¹²² Ídem.

prácticas comerciales, en realidad, pueden modificar dichas prácticas sustancialmente entre las diferentes ramas del comercio, e incluso dentro de una misma rama, prácticas que pueden ser observadas con diferente regularidad e intensidad, dependiendo del contexto social y económico dentro del cual opera una determinada empresa, conforme a su tamaño o desarrollo tecnológico¹²³.

Unidroit considera la buena fe y la lealtad negocial (art. 1.7) como una de las ideas fundamentales en las que se basan sus principios. El deber de conducirse de buena fe y con lealtad negocial en el comercio internacional tiene el propósito de precisar, en primer lugar, el contexto de sus principios; estos dos conceptos no se aplican de acuerdo con los parámetros ordinarios adoptados por cada uno de los ordenamientos jurídicos nacionales, parámetros amparados en virtud del derecho interno de cada país, que serán tomados en consideración única y exclusivamente cuando se demuestre que han sido generalmente aceptados por los diversos sistemas jurídicos¹²⁴.

¹²³ Cfr. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. Ob. cit., p. 20.

¹²⁴ Ídem.

Conclusiones.

1. La escuela de la unificación.

Los principios universales de contratación resultan ser algo así como pétreos ecos del pasado que se repiten inexpugnablemente a través de los tiempos y pueden ser utilizados como técnicas contemporáneas de contratación. Vemos su vigencia milenaria, tan necesaria y útil para el establecimiento de los marcos generales que servirán al propósito de la unificación global.

Por ahora esta visión sólo pretende determinar hasta dónde los pueblos de África, América, Asia, Europa y Oceanía están en disposición de asumir una actitud concreta y efectiva frente a la necesidad de construir un verdadero sistema universal de contratación que permita brindar a sus habitantes mayor seguridad jurídica en el tráfico internacional y garantizar el equilibrio absoluto en un mundo congestionado por el constante flujo de recursos.

La unificación de principios contractuales debe ser llevada a cabo en función del espíritu de cada pueblo, y la búsqueda de principios contractuales universales facilita inconmensurablemente este proceso. No hallamos injusticia en la metodología empleada por los primeros pensadores de la unificación, ni en sus experimentos, cuyos efectos se extenderán, inconmensurablemente, hasta las generaciones del futuro.

En suma, la escuela de la unificación permanecerá firme como un ejército de gladiadores, batallando sobre la arena, en mitad de un circo infinito y oscuro... Sería un error creer que esta búsqueda de los principios contractuales ha terminado. Por el contrario, no podemos olvidar cuestiones tan trascendentales para la estabilidad mundial ni podemos pretender que este proceso siga siendo considerado simplemente una quimera imposible de realizar. Podemos ver que ya ocurriendo, desde hace mucho tiempo.

2. El apogeo de los negocios internacionales.

La globalización no da espera. En este mismo momento muchísimas empresas y organizaciones internacionales están preparadas para expandir sus operaciones e inversiones hacia los lugares más remotos de la Tierra, no importando cuán inhóspitos sean sus confines. El territorio colombiano, por ejemplo, resulta muy atractivo para la inversión extranjera debido a la abundancia de recursos humanos y naturales.

La demanda global determina las operaciones de las grandes multinacionales, las cuales despliegan sus negocios en estos pequeños países considerados focos de inversión. En consecuencia, surge para los pueblos una necesidad irrestricta de desarrollar su cultura en busca de un nuevo mercado que materialice, en un solo vértice, la complejidad de los diversos sistemas jurídicos, de tal forma que los pueblos, sus empresas y organizaciones lleguen a ser más competitivas en el terreno global.

Es tiempo de actuar. Tiempo de convertir la vieja entelequia de un mundo unificado en una realidad palpable. Por otra parte, debemos calcular con precisión las consecuencias de las operaciones económicas en este orden global basado en la protección de los individuos mediante la restauración de los principios más antiguos y lógicos del derecho privado. Sobre todo, fundamentar este orden global en el valor de los principios más naturales tales como la libertad y la autonomía de las personas para buscar su autodeterminación, para acogerse libremente al sistema jurídico que más le sea útil, que satisfaga mejor sus necesidades individuales. Debemos desarrollar aún más las herramientas unificadoras creadas por los técnicos de la norma, nuestros maestros, sin dejar de cuestionar a la comunidad internacional sobre la disposición y capacidad de cada pueblo para asimilar este nuevo orden.

Queda puesto sobre la mesa este precedente. Ha llegado el momento de sumergirnos en la búsqueda de una atmósfera más apropiada para la construcción de la nueva sociedad, un verdadero sistema de coexistencia internacional que permita a los pueblos alcanzar – *de una manera civilizada*¹²⁵ – el ideal de libertad y armonía que debe revestir la práctica de los negocios internacionales.

¹²⁵ J. H. MURIEL-CICERI. Diálogo, agosto de 2010.

Bibliografía.

Legislación internacional.

“Commision decision (2010/233/EU)”, *Official Journal of the European Union*, 27 de abril de 2010, L 105/109, disponible en [<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:105:0109:0111:en:PDF>].

Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, Viena, Uncitral, 1980, disponible en [<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>].

Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales: suscrita en México D.F., México, el 17 de marzo de 1994, en la quinta conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado (CIDIP-V), México, Organización de los Estados Americanos, 1994, disponible en [<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-56.html>].

Principios Unidroit: sobre los contratos internacionales, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado Unidroit, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010, International Institute for the Unification of Private Law, Unidroit, Roma, disponible en [<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>].

Reglamento (CE) No. 593/2008. De 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), Parlamento Europeo, 2008, disponible en [<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:ES:pdf>].

Doctrina.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.. *Iusmercatorum: autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, Colegios Notariales de España, 2003.

HENAO, J. M. y G. ARRUBLA. *Historia de Colombia*, Bogotá, Escuela Tipográfica Salesiana, 1916.

MURIEL-CICERI, J. H. “Características de la unificación del derecho internacional privado de las obligaciones contractuales en Europa y América Latina y el apremio de una modernización del derecho privado colombiano frente al derecho internacional privado contemporáneo”, en *Estudios sobre el derecho de los contratos internacionales*, L. ESPINOSA QUINTERO (comp.), Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2010.

OVIEDO ALBÁN, J. *Estudios de Derecho mercantil internacional: Principios de Unidroit, lex mercatoria, compraventa internacional, contratación electrónica, insolvencia transfronteriza*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2009.

RAVASSA MORENO, G. J. *Derecho Mercantil Internacional: principios y normas*, 2.^a ed., Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2004.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

SAVIGNYVON, F. K. *Sistema del derecho romano actual*. M. CH. GUENOUX (trad. alemán), JACINTO MESÍA y MANUEL POLEY (trads. cast.), Granada, Editorial Comares, 2005.

Doctrina en internet.

ALBIEZ DOHRMANN, K. J. “Mercado interior, contrato y derecho de la competencia”, *ReDCE*, n.º 5, enero-junio, Granada, Universidad de Granada, pp. 101-120, 2006, disponible en [http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=2149895].

BANDIERI, L. M. “Derecho global y nuevo Medioevo jurídico”, *Revista Díkaion*, 24, Bogotá, disponible en [<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=85002&info=link>].

REVIST@ e - *Mercatoria* Volumen 11, Número 1 (enero – junio
2012)
(Rev. e-mercatoria)

BERÁUDO, JEAN PAUL. *Principios de Unidroit (y de la Unión Europea) y su influencia en el derecho internacional*, Dykinson, 2009, disponible en [<http://vlex.com/vid/principios-unidroit-uni-influencia-71023157>].

CELLURALE, M. T. “Estudio y enseñanza del derecho romano en Bogotá”, *Revista de Derecho Privado* n.º 12-13, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, disponible en [<http://portal.uexternado.edu.co/irj/go/km/docs/documents/UExternado/pdf/revistaDerechoPrivado/rdp12-13/mariateresaCellurale%2012-13.pdf>].

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. *El Derecho de los contratos en el marco de la unificación jurídica del Derecho privado de la Unión Europea, Homenaje al profesor Didier Opperti Badán*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2005, disponible en [http://eprints.ucm.es/6566/1/DERECHO_DE_LOS_CONTRATOS_EN_EL_MARCO_DE_LA_UNIFICACION_JURIDICA.pdf].

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. *El lento camino hacia la europeización del Derecho de los contratos*, Madrid, Colegio Notarial de Madrid, 2009, disponible en [http://eprints.ucm.es/9493/1/EL_LENTO_CAMINO_HACIA_LA_EUROPEIZACION_DE_LOS_CONTRATOS.pdf].

FLAMBOURAS, D. P. “The Doctrines of Impossibility of Performance and *Clausula Rebus Sic Stantibus* in the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law – A Comparative Analysis”, 2001, disponible en [[http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1170&context=intlaw&sei-redir=1#search=""Rebus+Sic+Stantibus""](http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1170&context=intlaw&sei-redir=1#search=)].

FRANZINA, P. *Las relaciones entre el Reglamento Roma I y los convenios internacionales sobre conflictos de leyes en materia contractual*, Madrid, Cuadernos de

REVIST@ e - *Mercatoria* Volumen 11, Número 1 (enero – junio
2012)
(Rev. e-mercatoria)

Derecho Transnacional, 2009, disponible en
[<http://kusan.uc3m.es/CIAN/index.php/CDT/article/viewFile/527/305>].

GARRO, A. M. “Armonización y unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n.º 8, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1992, disponible en [http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/85/rucv_1992_85_281-332.pdf].

GÓMEZ VÁSQUEZ, C. “El principio de conservación del contrato en el Derecho Contractual Internacional (Análisis dogmático y contextual)”, *Ambiente Jurídico*, n.º 8, Manizales, 2006, disponible en [<http://doctrina.vlex.com.co/vid/conservacion-contractual-dogmatico-contextual-216644417>].

KOZOLCHYK, B. *La contratación comercial en el derecho comparado*, Librería Madrid, Editorial Dykinson, 2006, disponible en [http://books.google.com/books?id=53t0VxO7ToMC&pg=PA339&dq=Culpa+In+contrahendo&hl=es&ei=8M6rTb_zMoby0gGyu_H5CA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=3&ved=0CDQQ6AEwAg#v=onepage&q=Culpa%20In%20contrahendo&f=false].

LEIBLE, S. “La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo de 2011, vol. 3, n.º 1, 214-233, disponible en [<http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1075>].

MONÉGER, J. “De la ordenanza de Colbert de 1673 sobre el comercio al nuevo Código de Comercio de 2000”, *Dikaion*, Bogotá, 2002, disponible en [<http://biblioteca.unisabana.edu.co/revistas/index.php/dikaion/article/view/524/789>].

MURIEL-CICERI, J. H. “Aspectos de la unificación del derecho internacional privado en Europa y América Latina (Derecho de obligaciones contractuales): una comparación entre el Reglamento Roma I y la Convención de México de 1994, desde la óptica de la elección del derecho aplicable”, *AEDIPr*, 2008, pp. 645-652.

LARROUMET, CH. “La unificación del derecho de las obligaciones en Europa”, *Revista de Derecho Privado*, nueva época, año V, n.º 13-14, París, Universidad Panthéon-Assas (París II), enero-agosto de 2006, 69-80, disponible en [<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/13/dtr/dtr4.pdf>].

OCHOA, Ó. E. *Personas: Derecho civil I*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, disponible en [http://books.google.com/books?hl=es&lr=lang_de|lang_es|lang_fr|lang_en|lang_it|lang_pt&id=VVaY4mTjfjwC&oi=fnd&pg=PA21&dq=ISBN:+980-244-225-9&ots=7Nkw5NPDgS&sig=OPFMc6ylRYRDZZNXre0mVMVuIUk#v=onepage&q=ISBN%3A%20980-244-225-9&f=false].

REDING, V. *Por qué necesita Europa un derecho contractual europeo opcional*, ARIADNA AGUILERA RULL y ALBERT AZAGRA MALO (trads.), Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 2011, disponible en [http://www.indret.com/pdf/824_es.pdf].

WEHBERG, H. “Pacta Sunt Servanda”, *The American Journal of International Law*, 1959, disponible en [<http://www.jstor.org/pss/2195750>].