

# LOS *APPROACHES* O DIRECTIVAS PARA EL JUEZ COMO TÉCNICA DE FLEXIBILIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Julio D. González Campos

Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid

## RESUMEN

Este artículo analiza la tendencia a la flexibilización del paradigma de la norma de conflicto multilateral a través del principio de proximidad y cláusulas de excepción y una tendencia similar en la doctrina, legislación y jurisprudencia de los Estados Unidos, con la particularidad de que las normas se sustituyen por «*approaches*» o directivas para los jueces, *policies principles* o normas abiertas. Las diferencias entre ambos modelos son importantes puesto que el juez europeo continental aunque habilitado para culminar la obra del legislador continúa sometido a la ley y sus objetivos.

PALABRAS CLAVE: flexibilización, normas, directivas, función judicial, juez, previsibilidad.

## ABSTRACT

In continental European Civil Law the general tendency in national systems of Private International Law towards flexibility of its rules introduced important changes in the multilateral conflicts rule paradigm through devices such as the search for the «closest connection» or escape clauses. This paper intends to point out that something similar may be observed in American legal doctrine, court decisions and legislation, with a difference, however, because rules tend to be substituted by approaches or guidelines for judges, standards, principles or just open-ended rules. There are important conclusions to be drawn in the comparison of both models but, significantly, the European continental system does not release the judge from his commitment to the rules of Law and their objectives.

KEY WORDS: flexibilisation, guidelines, approaches, judicial function, predictability of results.

El profesor a cuya memoria se dedica esta publicación no sólo fue un gran universitario, sino también un hombre lleno de bondad y solidario. Y alguien, además, que siempre estuvo atento a los problemas que se suscitaban en el Derecho internacional privado, pues uno de sus rasgos más característicos fue una permanente curiosidad intelectual por la evolución de nuestra disciplina. Por ello, he pensado que sin duda le gustaría que en esta contribución se examine un aspecto parti-



cular de una de las tendencias que, a mi entender, caracterizan la evolución de los sistemas estatales de Derecho internacional privado desde mediados del siglo XIX, la flexibilización de sus normas<sup>1</sup>.

## INTRODUCCIÓN

1. Respecto a esta tendencia, P. Picone<sup>2</sup> se ha preguntado justamente si conduce a la aparición de un nuevo método de reglamentación de las situaciones privadas internacionales de carácter autónomo o sólo constituye una simple modificación «interna» del modelo teórico elaborado por F.C. de Savigny en 1849, esto es, el paradigma científico de la norma de conflicto multilateral<sup>3</sup>. Una cuestión que ciertamente puede resultar irrelevante para quienes proponen eliminar cualquier aproximación teórica general a los problemas del Derecho internacional desde las teorías del caos<sup>4</sup>, pero que, desde otras perspectivas, sin duda requiere una respuesta. A cuyo fin es suficiente indicar, muy sumariamente, las principales modificaciones que la tendencia a la flexibilización ha introducido en las normas de Derecho internacional privado.

En efecto, si se admite que esta tendencia se vincula con el «principio de proximidad» de las situaciones privadas internacionales con un orden jurídico estatal y que su aplicación, atendidas las concretas circunstancias de dichas situaciones, requiere determinar cuál es el sistema jurídico con el que presentan un «vínculo más estrecho»<sup>5</sup>, cabe pensar que este planteamiento no se aparta, excepto en el método, de la idea de «localización» que inspiraba el modelo tradicional. Esto es, de la búsqueda de la «sede» de las relaciones privadas de tráfico externo, cuya expresión normativa es el punto de conexión de la norma de conflicto multilateral. De suerte que nos encontramos ante una modificación radical de dicho modelo, aunque la envergadura del cambio no sea en modo alguno desdeñable, puesto que «à la démarche abstraite de Savigny, le principe de proximité substitue-t-il une démarche concrète, fondée sur l'examen des différents éléments de la situation dans son ensemble»<sup>6</sup>. Y

---

<sup>1</sup> Las tres tendencias restantes, a mi entender, son la diversificación, la especialización y la materialización de las normas en los sistemas de Derecho internacional privado, véase «Cours général de Droit international privé», *Recueil des Cours*, tome 207 (1987-VII), en prensa.

<sup>2</sup> PICONE, P.: «Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. Cour général de droit international privé», *Recueil des Cours*, tomo 276 (1999), p. 81 y ss.

<sup>3</sup> GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.: «El paradigma de la norma de conflicto multilateral», *Estudios en Homenaje a A. Menéndez*, tomo IV, Madrid, 1996, p. 5.249 y ss.

<sup>4</sup> Por ejemplo, STERK: «The Marginal Relevance of Choice of Law Theory», *U. Pennsylvania L.R.* (1994), p. 994 y ss.

<sup>5</sup> LAGARDE, P.: «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de Droit international privé», *Recueil des Cours*, tomo 196 (1986-I), p. 29 y ss.

<sup>6</sup> LAGARDE, P.: *op. cit.*, p. 30

ello implica, claro es, un Derecho internacional privado no construido *a priori* desde las categorías de la Ciencia jurídica, sino desde la realidad social que debe regular.

2. Esta conclusión se corrobora si se tiene presente que el principio de proximidad puede tener una doble función, atributiva y correctora<sup>7</sup>, en un sistema estatal de Derecho internacional privado. La primera se manifiesta como directiva para el legislador y en el ámbito del «conflicto de leyes» puede expresarse así: buscar que la ley que debe regir una situación de la vida jurídica de la persona sea la del ordenamiento estatal con el cual presenta los vínculos más estrechos<sup>8</sup>. Lo que se corresponde, como se ha dicho, con la finalidad exclusivamente «localizadora» de la norma de conflicto multilateral en el modelo savigniano, si bien cambian sustancialmente los puntos de conexión que el legislador debe emplear en tales normas y, asimismo, la función que corresponde al Juez al aplicarlas.

Los puntos de conexión, en efecto, han de estar constituidos por criterios «flexibles» y no «rígidos», que el Juez debe concretar en atención a las circunstancias del caso. Y ello ha supuesto, por citar sólo dos ejemplos, el empleo de la «residencia habitual» como conexión en sustitución de la nacionalidad o el domicilio en el ámbito del Derecho de la persona y de la familia; o la del «vínculo con el mercado» en lugar del *locus delicti* en materia de libre competencia o de competencia desleal. Asimismo, la búsqueda de soluciones flexibles también ha llevado, de un lado, a la aparición de normas de conflicto con varias conexiones «en cascada», en muchos casos con una conexión de cierre que remite a la ley que presenta los vínculos más estrechos con la situación. De otro, a normas de conflicto construidas desde la técnica del *grouping of contacts*. Lo que entraña, en definitiva, una importante modificación del modelo tradicional, basado en general en una norma de conflicto con una conexión única y, además, rígida.

3. No obstante, la innovación más importante respecto al modelo tradicional es la que se produce con la función correctora del principio de proximidad<sup>9</sup>. Esta función, cierto es, también está al servicio de la finalidad «localizadora», que es inherente a dicho modelo, pero la novedad radica en los efectos que con dicha función se pretende alcanzar. Pues basta observar que la localización prevista por el legislador en una norma de conflicto —o de competencia judicial<sup>10</sup>— puede ser corregida por el Juez y conducir así a otra localización si, del conjunto de circunstancias del litigio, se desprende claramente que la situación presenta vínculos más estrechos con otro ordenamiento.

---

<sup>7</sup> Las expresiones son de PICONE, P.: *op. cit.*, p. 80.

<sup>8</sup> En este sentido, LAGARDE, P.: *op. cit.*, p. 29, afirmando que «le rapport de droit est régité par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits».

<sup>9</sup> PICONE, P.: *op. cit.*, p. 66 y ss.

<sup>10</sup> Por ejemplo, afirmando la competencia de los tribunales propios en el caso de un «foro de necesidad» o excluyendo el conocimiento del litigio en el caso del *forum non conveniens*.



Tal posibilidad, ciertamente, es ajena al modelo tradicional. Aunque no ha sido infrecuente, sobre todo desde finales del siglo XIX, que los jueces hayan modificado la solución prevista por el legislador en una norma de conflicto multilateral mediante el juego de los llamados «problemas de aplicación», por ejemplo la calificación y el reenvío, verdaderas *escape devises* para la doctrina norteamericana. Pero hoy, sin embargo, la situación es muy distinta: un sistema de Derecho internacional privado puede estar constituido por un conjunto de normas de conflicto multilaterales y una cláusula general correctora de la localización o, por emplear una expresión usual, una «cláusula de excepción»<sup>11</sup>. Y esta puede operar también, con un alcance más limitado, para un sector particular de dicho sistema<sup>12</sup>. De suerte que, en virtud de tales cláusulas, el Juez posee una función «institucional» en el sistema<sup>13</sup>, pues está facultado por el legislador para corregir la localización que éste ha previsto en una norma de conflicto, si la situación presenta unos vínculos más estrechos con otro ordenamiento jurídico. Con la consecuencia nada desdeñable de que pasamos de un polo al otro del sistema jurídico, pues es el Juez el que establece la solución definitiva en el caso del que conoce. Esto es, la «norma del caso»<sup>14</sup>, tras proceder a un doble juicio, tanto de concretización y ponderación de las circunstancias como de la necesidad de corregir la solución inicial. Y ello supone también otro dato, ajeno al modelo tradicional: el sacrificio del objetivo de certeza y previsibilidad de la solución, que dicho modelo trataba de asegurar, en favor de una localización más apropiada de las situaciones de la vida internacional de las personas<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> DUBLER, C.A.: *Les clauses d'exception en droit international privé*, Ginebra, 1983. Para la expresión «cláusulas correctivas», véase KREUZER, K.: «Berechtigungsklausel im internationalen Privatrecht», *Mélanges I. Zajtay*, Tubinga, 1982, p. 295 y ss. Sobre las cláusulas de excepción en varios ordenamientos, ver los estudios incluidos en KOKKINI-IATRIDOU, D. (ed.): *Les clauses d'exception en matière de conflit de lois et de conflits de juridictions- ou le principe de proximité*, Dordrecht/Boston/Londres, 1994. A las examinadas en esta obra, cabe agregar la contenida en el artículo 3.082 del código civil de Quebec de 1991, texto en *Ausereuropäische IPR-Gesetze* (KOPHOLLER, J., KRÜGER, H., RIERING, W., SAMTLEBEN, J. y SIEHER, K. eds.): Hamburg / Würzburg, 1991, p. 330 y ss. y en el artículo 21 de la Ley eslovena sobre el Derecho internacional privado de 1999, cuyo texto en la traducción oficial al inglés se halla en la *Revista. DIP P.* (1999), p. 828 y ss.

<sup>12</sup> Ver los ejemplos indicados por DUBLER, C.A.: *op. cit.*, p. 45 y ss. Más recientemente, véanse las de los artículos 46 y 41.1 de La Ley alemana de 1991, con los comentarios SONNENBERGER, H.J.: «La loi allemande du 21 mai 1999 sur le droit interntional privé des obligations non contractuelles et des biens», *R. Critique* (1999), p. 649 y ss. El texto de la Ley, *ibid.* p. 870 y ss.

<sup>13</sup> PICONE, P.: *op. cit.*, pp. 82-83.

<sup>14</sup> FIKENTSCHER, W.: *Methoden des Rechts*, 1975, p. 35 y ss. En igual sentido, MÜLLER, F.: *Richterrecht*, 1986, p. 44 y ss. utiliza la expresión «norma de decisión» (*Entscheidungsnorm*)

<sup>15</sup> En este sentido, LAGARDE, P.: *op. cit.*, p. 117 y ss. y PICONE, P.: *op. cit.*, pp. 83 y ss. Ver también, desde la doctrina norteamericana, HAY, P.: «Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law. Reflections on Current European and United States Conflict of Laws», *Recueil des Cours*, tomo 226 (1999-I), p. 281 y ss.

4. Ahora bien, hasta aquí hemos indicado una tendencia a la flexibilización que se manifiesta en las «normas» de Derecho internacional privado, en correspondencia con la vigencia del principio de legalidad en los sistemas europeos continentales. Pero lo que me interesa destacar en estas páginas es que la misma tendencia puede apreciarse también en la doctrina, en la jurisprudencia y en la legislación de los Estados Unidos, con una particularidad significativa: que la flexibilización no conduce a una modificación de las normas, como en los sistemas europeos, sino a la sustitución de éstas por *approaches* o simples directivas para el Juez en orden a la determinación tanto del Derecho aplicable como de la competencia judicial internacional.

La finalidad de un *approach*, cierto es, coincide con la finalidad de una norma de conflicto flexible, pues en ambos casos se persigue que el Juez determine el Derecho aplicable al caso que debe resolver<sup>16</sup>. Pero mientras que la segunda es un concepto que posee un valor general, un *approach* es en cambio «a typical common-law concept»<sup>17</sup>. Pero la diferencia entre ambos puede expresarse en los términos más simples diciendo que si la norma de conflicto encierra una previsión de la solución a la que el legislador quiere que se llegue al aplicarla a un caso concreto, un *approach* no es más que una simple directiva para el Juez. Directiva que «does not prescribe solutions in advance, but simply enumerate the factors that should be taken into account in the judicial fashioning of an ad hoc solution»<sup>18</sup>. Esto es, como ha señalado W.L.M. Reese en términos muy próximos a los anteriores, una técnica jurídica que «does no more than state what factor or factors should be considered in arriving at a conclusion»<sup>19</sup>.

5. La distinción entre norma y *approach* se plasma, por ejemplo, en los dos apartados de la Section 6 del *Restatement of Conflict of Laws, Second*. Pues si el primero impone al Juez aplicar las «statutory directives» o normas de Derecho internacional privado contenidas en los *Statutes* de su Estado<sup>20</sup>, el segundo apartado se limita a enunciar los «factors relevant to the choice of the applicable law».

A lo que cabe agregar que, de lo anterior, se desprende que un *approach* puede estar constituido bien por un solo factor o criterio, bien por varios. Sin especificar en el segundo caso cuál es la importancia de uno respecto a los otros ni

---

<sup>16</sup> Señalando que uno y otra coinciden en la selección de un *solo* derecho aplicable, SYMEONIDES, S.C.: «Exception Clauses in Conflict Laws-United States», en la obra de D. KOKKINI-IATRIDOU, D. (ed.) *cit.*, p. 77 y ss.

<sup>17</sup> SYMEONIDES, S.C., COLLINS PERDUE, W. y VON MEHREN, A.T.: *Conflict of Laws: American, Comparative, International*, St. Paul, Minn., 1998, p. 244.

<sup>18</sup> SYMEONIDES, S.C.: *op. cit.*, (1994), p. 81.

<sup>19</sup> REESE, W.L.M.: «Choice of Laws. Rules or Approach», *Cornell L.R.* (1972), p. 31 y ss.

<sup>20</sup> Sobre las normas legales de derecho internacional privado en Estados Unidos, véase LEFLAR, R.: «Choice of Law Statutes», *Tennessee L.R.* (1977), p. 951 y REESE, W.L.M.: «Statutes in Choice of Law», *American J. Comp. L.* (1987), p. 395 y ss.

tampoco establecer un orden o jerarquía entre ellos. Un ejemplo de lo primero es la directiva para el Juez de aplicar la ley del Estado «which has the greatest concern in the determination of the particular issue» elaborado judicialmente a partir del caso *Babcock c. Jackson*<sup>21</sup>. De lo segundo, las cinco «choice-influencing considerations» propuestas por R. Lefflar<sup>22</sup>.

Teniendo esto en cuenta, en las páginas que siguen se expondrá, en primer lugar, los datos más relevantes que han conducido al empleo de los *approaches* en el Derecho internacional privado norteamericano. En segundo término, a indicar algunas propuestas basadas bien sólo en *approaches* o en principios o en una combinación de unos y otros con normas de conflicto «abiertas». Lo que permitirá, en las conclusiones, comparar brevemente esta técnica de flexibilización con las utilizadas en el Derecho internacional privado europeo que antes se han apuntado.

## 1. DE LAS NORMAS DE CONFLICTO A LOS *APPROACHES*

### A) EL PUNTO DE PARTIDA DE UNA EVOLUCIÓN

1. Éste no es otro, al igual que de toda la evolución posterior del Derecho internacional privado en Estados Unidos, que la impugnación de la metodología deductiva de J.H. Beale, basada en la idea de territorialidad de la ley, que iniciaron autores como E.G. Lorenzen y W.H. Cook en 1924<sup>23</sup>. Lo que les llevó a proponer en su lugar la adopción de un método *a posteriori*, en el cual lo determinante era el examen de una situación concreta de la vida internacional de las personas partiendo de la consideración de las *policies* u objetivos de política legislativa de los ordenamientos en presencia. Pues según el primero de estos dos autores, el problema que se suscita siempre es el mismo: «What are the demands of justice in the particular situation; what is the controlling policy?»<sup>24</sup>.

Lo que importa, pues, es la solución del Juez respecto a una situación concreta de la vida internacional. Y ello exige verificar si son o no apropiadas las soluciones anteriores a casos similares y, en todo caso, excluir una aplicación «ciega» de

---

<sup>21</sup> En este sentido, REESE, W.L.M.: *op. cit.*, (1972), p. 236

<sup>22</sup> LEFLAR, R.: «Choice-Influencing Considerations in Conflict of Laws», *New York L. Review* (1966), p. 367 y ss. Id., «Conflict of Laws. More on Choice Influencing Considerations», *California L.R.* (1966), p. 1.584 y ss.

<sup>23</sup> LORENZEN, E.G.: «Territoriality, Public Policy and the Conflict of Laws», *Yale L.R.* (1924), p. 736 y ss., reproducido en sus *Selected Articles on the Conflict of Laws*, 1947, p. 1 y ss. COOK, W.H.: «The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws», *Yale L.J.* (1924), p. 457 y ss., reproducido en *Selected Readings on Conflict of Laws*, St. Paul, Minn. 1956, p. 71 y ss.

<sup>24</sup> LORENZEN, E.G.: *op. cit.*, p. 15 (*Selected Articles on the Conflict of Laws*). COOK, W.H.: *op. cit.*, pp. 95-96 (*Selected Readings on Conflict of Laws*).

las normas de conflicto a nuevos casos. Pues en este momento inicial, los autores citados no rechazan su empleo, aunque advierten, como es el caso de W.H. Cook, que las normas sólo son «herramientas» (*tools*) para llegar a una decisión y, por tanto, deben utilizarse como tales y no «perverted to an apparently mechanical use» dado que, en otro caso, no tendríamos en cuenta «all the relevant facts of life required for a wise decision»<sup>25</sup>. Una crítica que se refuerza en 1933 cuando D.F. Cavers impugna la aplicación mecánica de la norma de conflicto como un «blinfold test» en lugar de apreciar las conexiones del caso con los ordenamientos en presencia y el resultado al que conduce su elección del derecho aplicable<sup>26</sup>.

2. Esta impugnación inicial producirá ciertas consecuencias importantes en los años posteriores. En primer lugar, llevará a que la doctrina trate de determinar cuáles son las *policies in the choice of law*<sup>27</sup> que pueden emplearse tanto para la elaboración de normas de conflicto como para la aplicación de éstas<sup>28</sup>. Un esfuerzo doctrinal que aporta no menos de diecisiete consideraciones u objetivos relevantes, de muy distinto signo, que H.E. Yntema redujo a dos, la búsqueda de la seguridad y de la justicia comparada<sup>29</sup>. Con una particularidad que merece ser señalada: que algunos de estos objetivos del Derecho internacional privado<sup>30</sup> van a constituir, más tarde, factores o criterios utilizados en los *approaches*.

La segunda consecuencia es que las «*broad rules*» del primer *Restatement*, esto es, las normas de conflicto con categorías jurídicas muy amplias para definir los supuestos de hecho, son objeto de un rechazo general por la doctrina<sup>31</sup> y la jurisprudencia.

---

<sup>25</sup> COOK, W.H.: *op. cit.*, p. 96.

<sup>26</sup> CAVERS, D.F.: «A Critique of the Choice-of-Law Problem», *Harvard L.R.* (1933), p. 173 y ss. en particular, p. 180 y ss. y 189 y ss.

<sup>27</sup> NEUNER, R.: «Policy Consideration in the Conflict of Laws», *Canadian Bar R.* (1942), p. 478 y ss. HARPER, F.V.: «Policy Bases of the Conflict of Laws. Reflections on rereading Professor Lorenzen's Essays», *Yale L.J.* (1947), p. 1.155 y ss. CHEATHAM, E. y REESE, W.L.M.: «Choice of the Applicable Law», *Columbia L.R.* (1952), p. 959 y ss. YNTEMA, H.E.: «Les objectifs du Droit international privé», *R. Critique* (1959), p. 1 y ss. (el estudio original se publicó en la *Canadian Bar R.* (1957), p. 721 y ss.).

<sup>28</sup> En este sentido, CHEATHAM, E. y REESE, W.L.M.: *op. cit.*, p. 960, aludiendo a un *threefold process* en el que, «First, it calls for the perception of the relevant social policies. Second, for the development of rules of law which give adequate and clear expression to the conclusions derived from the policies. Third, for the application of the rules to specific situations».

<sup>29</sup> YNTEMA, H.E.: *op. cit.*, p. 20

<sup>30</sup> Éste es en particular el caso de los objetivos encaminados a satisfacer las expectativas de las partes, la previsibilidad del resultado, la uniformidad de soluciones o la búsqueda de un resultado justo. El primero y el último ya están presentes en el estudio de NEUNER, R. de 1942, y los restantes en el de CHEATHAM, E. y REESE, W.L.M. de 1952.

<sup>31</sup> REESE, W.L.M.: «Depeçage : a Common Phenomenon in Choice of Law», *Columbia L.R.* (1973), p. 58 y ss.



dencia<sup>32</sup>. Y en su lugar se propone una de las vías para la «especialización» de las normas de Derecho internacional privado: regular los problemas o cuestiones concretas (*issues*) que de ordinario se suscitan ante el Juez. De suerte que si esta consecuencia se une a la anterior, el resultado es un modelo teórico de aproximación al Derecho internacional privado del que son exponentes destacados E. Cheatham y W.L.M. Reese, en el que el punto de partida son los objetivos tanto del derecho material como de las normas de conflicto, objetivos que deben ser tenidos en cuenta al elaborar las segundas a partir de cuestiones concretas y que, finalmente, deben guiar su aplicación judicial.

## B) LA IMPUGNACIÓN DE LAS NORMAS

1. El abandono de este modelo, sin embargo, se produce en torno a 1960 con los estudios de B. Currie<sup>33</sup> y, en lo que aquí interesa, ello provoca un cambio importante de actitud respecto a las normas de conflicto. Para este autor, en efecto, no es posible recurrir a consideraciones «metafísicas» sobre la naturaleza de la ley y su proyección espacial, pues, en tal caso, inevitablemente nos separamos de la realidad social y de los conflictos de intereses que están presentes en un caso de Derecho internacional privado, con el riesgo de sacrificar indebidamente los intereses de los Estados que buscan su solución. Y partiendo de la idea de que el Derecho es un instrumento de control social, propone introducir «the teaching of sociological jurisprudence into the conceptualistic principles of conflict of laws»<sup>34</sup>.

Ahora bien, a juicio de B. Currie, este cambio metodológico no es suficiente, pues «the roots of trouble goes deeper». Agregando a continuación que «In attempting to use the rules we encounter difficulties that come not from the fact that particular rules are bad, nor from the fact that a particular theoretical explanation is unsound, but rather from the fact that we have such rules at all». Para concluir afirmando que «We will be better off without choice- of- law rules»<sup>35</sup>. Y partiendo de esta afirmación propone seguir la vía bien conocida del *interest analysis*, de manera que el Juez, ante un supuesto conectado con los ordenamientos de varios Estados,

---

<sup>32</sup> Por ejemplo, en la decisión del caso *Siegelman v. Cunard White Star Ltd.* (1955), el Juez J. Frank afirmó que «...it is generally agreed that the decisions of conflict-of-law cases by mechanized rules, without regard to particularized justice, cannot be defended on the ground that they have promoted certainty and uniformity, since such results have not been achieved».

<sup>33</sup> Reunidos en CURRIE, B.: *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham, 1963.

<sup>34</sup> CURRIE, B.: «Notes on Methods and Objectives in Conflict of Laws», *Selected Essays, cit.*, p. 183.

<sup>35</sup> CURRIE, B.: «Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws», *Selected Essays, cit.*, pp. 180 y 183.



debe examinar «the relationship of the forum state with the case at bar —that is, to the parties, to the transaction, to the subject matter, to the litigation— in such as to bring the case within the scope of the state’s governmental concern, and to provide a legitimate basis for the assertion that the state has an interest in the application of its policy in this instance»<sup>36</sup>.

2. De lo que se acaba de exponer se desprende que la impugnación radical de las normas de conflicto ha llevado a este autor a formular un *approach*. Pues cabe observar, en primer lugar, que el Juez debe tener en cuenta un solo criterio, el *interest analysis*. En segundo término, que constituye un simple programa que el Juez debe cumplir mediante el examen de los objetivos de las leyes en presencia. Y, por último, que la determinación del Estado que posee un interés en la aplicación de sus *policies* al supuesto examinado es algo que debe hacerse caso a caso, pues las leyes que deben ser examinadas y los objetivos que las inspiran difieren de ordinario de un caso a otro. Pues como señalara W.L.M. Reese respecto a esta construcción, «what is involved here is the very antithesis of a choice of law rule. Rather is an approach which inevitably calls for decision case by case»<sup>37</sup>.

A lo que sólo resta agregar una apreciación general para concluir con los datos relevantes de esta evolución: si puede estimarse que con B. Currie nace en Estados Unidos la *conflict revolution* en la década de 1960, a la que luego se irán agregando muchos otros autores como A.E. Ehrenzweig, W.F. Baxter o R. Leflar, por sólo citar algunos, cabe observar que, más allá de las diferencias en las construcciones teóricas de unos y otros, existe un punto común. Y éste es, a mi entender, el abandono de las normas de conflicto y su sustitución tanto por *approaches* o directivas para el Juez como por el empleo de esta técnica combinándola con el uso de principios o normas «abiertas», como se verá a continuación.

## 2. APPROACHES, PRINCIPIOS Y NORMAS

### A) EL USO DE LOS PRINCIPIOS COMO APPROACHES

1. Si un *approach* utiliza un único criterio para la determinación del ordenamiento jurídico que el Juez debe aplicar al caso, puede estimarse que, dada la función general que se atribuye a dicho criterio, el mismo opera como «principio de solución». Como es el caso, por ejemplo, de un *approach* de origen judicial al que antes se ha aludido: el formulado por la *Court of Appeals* de Nueva York en el caso *Babcock v.*

---

<sup>36</sup> CURRIE, B.: «Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws», *Selected Essays*, cit. p. 189

<sup>37</sup> REESE, W.L.M.: *op. cit.*, (1972), p. 315



*Jackson* (1963)<sup>38</sup>, conforme al cual el Juez debe aplicar el ordenamiento del Estado «which has the strongest interest in the resolution of the particular issue presented».

Lo que también ocurre si, en lugar de un único criterio, se parte de un «principio», como es el caso del formulado por W.F. Baxter<sup>39</sup>. Un autor cuya construcción parte de un presupuesto próximo al de B. Currie, al afirmar que para la solución de un caso concreto el objetivo principal es el de llegar al «maximum attainment of underlying purpose by all governmental entities in conflict of laws». Pero se separa de inmediato de éste al estimar, de un lado, que es preciso distinguir entre las *policies* de los legisladores, internas y externas, según que el caso esté localizado enteramente en un ordenamiento o, por el contrario, varios ordenamientos puedan ser aplicables<sup>40</sup>. De otro lado, por sostener que si existe un conflicto real (*true conflict*), dado que los objetivos de los ordenamientos en presencia son incompatibles, no cabe recurrir a la *lex fori* como propuso B. Currie, ya que la función del Derecho internacional privado debe ser la de atribuir «spheres of lawmaking control» entre los distintos ordenamientos estatales.

Lo que le conduce, en definitiva, a proponer el siguiente principio de solución: «To subordinate, in the particular case, the external objective of the State whose internal objective will be least impaired in general scope and impact by subordination in case like the one at hand». Esto es, el «principle of comparative impairment», cuya aplicación a las concretas circunstancias del caso permitirá al Juez determinar el ordenamiento estatal aplicable. Un *approach* basado en un principio que evoca otro formulado por A. Pillet muchos años antes, el de lograr el «mínimo sacrificio de las soberanías» partiendo de un análisis del «fin social de la ley»<sup>41</sup>.

2. El empleo de los principios como *approaches* también está presente en otras construcciones de este periodo, como es el caso de los «*principles of preference*» elaborados por D.F. Cavers en 1965<sup>42</sup>. Pues si este autor, como hemos visto, ya había puesto de relieve en 1933 los resultados negativos a los que podía conducir una aplicación «mecánica» por el Juez de la conexión de una norma de conflicto, más de treinta años más tarde insiste en este planteamiento para ofrecer, en sustitu-

<sup>38</sup> *Babcock v. Jackson*, 12 N.Y. 2d 473, 240 N.Y. S2d 743, 191 N.E. 2d 279. Para una crítica de este *approach*, véase CURRIE, B.: «Comment on Babcock v. Jackson», *Columbia L.R.* (1963), p. 1.233 y ss.

<sup>39</sup> BAXTER, W.F.: «Choice of Law and the Federal System», *Stanford L.R.* (1963), p. 1 y ss. Para una apreciación de este autor desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, véase ALLEN y O'HARA, «Second Generation Law and Economics of Conflict of Laws: Baxter's Comparative Impairment and Beyond», *Stanford L.R.* (1999), p. 1.011 y ss.

<sup>40</sup> BAXTER, W.F.: *op. cit.*, p. 18.

<sup>41</sup> PILLET, A.: «Essai d'un système général de solution des conflits de lois», *J. Clunet* (1894), p. 724 y ss. Para una valoración crítica de esta construcción, véase BATIFFOL, H.: *Aspects philosophiques du droit international privé*, París, 1956, p. 204 y ss.

<sup>42</sup> CAVERS, D.F.: *The Choice-Of-Law Process*, Ann Arbor, 1965.

ción de las normas de conflicto tradicionales, ciertas directivas para el Juez caracterizadas por contener una valoración del contenido material de las leyes en presencia.

Se trata de siete «principles of preference», cinco para los conflictos en materia de *torts* y dos en materia de contratos. De los que el segundo merece ser transcrito para ilustrar esta construcción: «Where the liability laws of the state in which the defendant acted and caused an injury set a lower standard of financial protection than do the laws of the home state of the person suffering the injury, the laws of the state of conduct and injury should determine the standard of conduct or protection applicable to the case, at least when the person injured was not so related to the person causing the injury than the question should be relegated to the law governing the relationship»<sup>43</sup>. Y respecto a este principio cabe observar, en primer lugar, su similitud con una norma de conflicto de carácter o finalidad material<sup>44</sup>, pues la localización está guiada por el contenido material de las leyes en presencia dado que la preferencia por una ley determinada viene dada por su mayor nivel de protección. Pero también han de tenerse presente, en segundo término, dos datos que, más allá de su enunciado, diferencian este principio de las normas que se han indicado. De un lado, que los «*principles of preference*» no ofrecen una solución que el Juez deba aplicar necesariamente, pues sólo son una directiva construida a partir de una evaluación de las leyes en presencia en un grupo muy amplio de casos y, por tanto, aunque pueda servir para lograr una solución en la mayoría de supuestos, no excluye una solución distinta en otros. De otro lado, porque pueden ser objeto de una reducción o fragmentación por el Juez que los aplica<sup>45</sup>. De suerte que, en definitiva, únicamente constituyen para éste «a basis for a reasonable accommodation of the law's conflicting purposes» que opera a medio camino entre las normas de conflicto y los simples *approaches*.

## B) *APPROACHES* Y «PROGRAMAS DE ANÁLISIS»

1. Como antes se ha dicho, en su sentido propio un *approach* está constituido por uno o varios criterios, sin que se determine el orden en que deben operar. Pero en ciertos casos pueden ofrecer una mayor complejidad, pues el criterio o criterios determinante está acompañado de lo que puede denominarse un «programa de análisis» con distintas fases o «analytical steps»<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> CAVERS, D.F.: *op. cit.*, (1965), p. 146 y ss. Este principio está construido con base en la decisión en el caso *Kilberg v. Northeast Airlines*, Cour of Appeals de Nueva York (1961). Para una aplicación del principio, véase *Cipolla v. Shaposka* (Supreme Court de Pennsylvania, 1970).

<sup>44</sup> PATOCCHI, P.M.: *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Ginebra, 1985.

<sup>45</sup> CAVERS, D.F.: *op. cit.*, (1965), p. 136 y ss. sobre «the form and use of the principles».

<sup>46</sup> Esta expresión es utilizada por REESE, W.L.M. y ROSENBERG, M.: *Cases and Materials on Conflict of Laws*, 7ª ed., Mineola, 1978, p. 465.



Un ejemplo muy significativo de lo primero es el *approach* propuesto por R. Leflar, en el que sólo se enuncian cinco «choice-influencing considerations» cuyo significado es examinado separadamente<sup>47</sup>. A saber: «predictability of results», «maintenance of interstate and international order», «simplification of the judicial task», «advancement of the forum's governmental interest» y «application of the better law». Y basta enunciar estos criterios para poder apreciar, de un lado, que algunos de estos criterios son también aceptados tanto por otros autores como por la Sect. 6.2 del *Restatement on Conflict of Laws, Second*. De otro, que no son homogéneos, pues están vinculados con distintos modelos teóricos, tanto tradicionales como más modernos. A lo que se agrega, por último, que aunque el criterio de la *better law* sólo sea «only one of five, more important in some cases than in others, almost controlling in some but irrelevant in others»<sup>48</sup>, sin embargo ha pasado a ser el más importante en este *approach* y es el que ha sido tenido en cuenta por los Tribunales que han aceptado esta construcción<sup>49</sup>, dejando al margen los restantes. Lo que puede explicar que haya dado lugar a otra construcción similar, el *best-law approach* de L.L. MacDougal<sup>50</sup>.

2. El primer ejemplo de un *approach* unido a un «programa de análisis» es la construcción de B. Currie. El criterio que este autor enuncia con un alcance metódico es, como ya se ha dicho, el *interest analysis*, dado que «the attempt of conflict of laws is to find the appropriate rule of decisions when the interest of two or more states are potentially involved»<sup>51</sup>.

Ahora bien, para que el Juez pueda llegar a establecer la *rule of decision*, los pasos que este autor propone son los siguientes: en primer lugar, debe examinar las *policies* de las leyes en presencia, así como las circunstancias en las que es razonable

---

<sup>47</sup> LEFLAR, R.: «Choice-Influencing Considerations in Conflict of Laws», *New York L.R.* (1966), p. 367 y ss.

<sup>48</sup> LEFLAR, R.A., MCDUGAL, L.L. y FELIX, R.L.: *American Conflict Laws*, 4ª ed., Charlottesville, Va., 1986, p. 300.

<sup>49</sup> Éste es el caso de Minnesota, donde la Corte Suprema lo ha empleado primero en *Schneider v. Nichols* (280 Minn.139, 1968) y luego en *Milcovich v. Saari* (295 Minn. 155,203 NW 2d 408, 1973). Respecto a la preferencia por la ley del foro a la que puede conducir el criterio de la *better law*, véase SYMEONIDES, S.C., COLLINS PERDUE, W. y VON MEHREN, A.T.: *op. cit.*, (1998), p. 164 y ss. En la p. 283 y ss. de esta obra se expone el «methodological landscape» en los Estados Unidos en 1997, del que resulta que, junto a Minnesota, otros cuatro Estados (Arkansas, New Hampshire, Rhode Island y Wisconsin) también aceptan el criterio de la *better rule*.

<sup>50</sup> MACDOUGAL, L.L.: «Toward Application of the Best Rule of Law in Choice of Law Cases», *Mercer L.R.* (1984), p. 483 y ss. Una concepción también próxima a esta última, aunque con ciertos elementos diferenciales, es la sostenida por JUENGER, F.K.: *Choice of Law and Multistate Justice*, Deventer, 1973, p. 197 y ss., al propugnar, por ejemplo, que en el ámbito de la responsabilidad por los productos debe aplicarse el ordenamiento «which most closely accords with modern standards of product liability».

<sup>51</sup> CURRIE, B.: *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham, 1963, p. 178

que un Estado pueda «to assert an interest in the application of those policies». En segundo término, si un Estado posee tal interés pero no los restantes, el Juez deberá aplicar «the law of the only interested state»; pero si verifica la existencia de un conflicto de intereses, deberá nuevamente evaluar las *policies* e intereses en presencia, para tratar de evitar tal conflicto. Y si no puede ser evitado tras este examen, el Juez deberá aplicar la *lex fori*; aplicación que se impone también «at least if that law corresponds with the law of one of the other states»<sup>52</sup>. El programa de análisis asociado al *approach*, como ha podido comprobarse, no sólo tiene la ventaja de su sencillez, sino que, además, es un programa «abierto», pues es al Juez a quien corresponde determinar el interés determinante en ausencia de una instancia superior, como el Congreso, que es la que debería decidir «which interest should be required to yield».

Igual necesidad de que el Juez siga «a series of analytical steps» está también presente en el *functionnal analysis* propuesto por A.T. von Mehren y D.T. Trautman<sup>53</sup>. Dada la complejidad de este programa de análisis, es suficiente indicar que los primeros pasos que el Juez debe dar son similares a los propuestos por B. Currie. Aunque la diferenciación surge a partir de la solución que debe darse a los *true conflicts*, puesto que para estos autores el Juez debe ponderar el peso respectivo de las *policies* en presencia, con ayuda de ciertos criterios<sup>54</sup>. Y si este análisis no permite llegar a un resultado satisfactorio, el Juez debe tener en cuenta a continuación otros, como el de la aplicación del ordenamiento estatal «that best promote multistate activity or interfere less with the parties intention»<sup>55</sup>; y sólo en última instancia deberá recurrir a la *lex fori*. Lo que pone de relieve una orientación más abierta o menos «egoísta» que en el caso de B. Currie, que en la actualidad también encontramos tanto en ciertos *approaches* de carácter general, entre otros los de L. Kramer<sup>56</sup> y L. Brilmayer<sup>57</sup>, como en los elaborados para un concreto sector de materias<sup>58</sup>.

---

<sup>52</sup> Seguimos la exposición que hiciera el propio B. CURRIE en un texto incluido en la obra de REESE, W.L.M. y ROSENBERG, M.: *Cases and Materials on Conflict of Laws*, 7ª ed., Mineola, 1978, p. 470, a petición de éstos.

<sup>53</sup> VON MEHREN, A.T. y TRAUTMAN, D.T.: *The Law of Multistate Problems*, Cambridge, Mass., 1965, especialmente pp. 102-105, 109-115 y 178-210.

<sup>54</sup> Entre los cuales figura, en primer lugar, «the relevant strenght of the policies», que debe determinarse con base en otros criterios, como «the comparative evolution of the asserted policies» y la determinación del Estado que posee «the most effective control».

<sup>55</sup> VON MEHREN, A.T. y TRAUTMAN, D.T.: *op. cit.*, p. 406 y ss.

<sup>56</sup> KRAMER, L.: «More Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws», *Cornell Inter. L.R.* (1991), p. 245 y ss., especialmente en p. 318 y ss. Véase también, del mismo autor, «Rethinking Choice of Law», *Columbia L.R.* (1990), p. 277 y ss.

<sup>57</sup> BRILMAYER, L.: *Conflict of Laws. Foundations and Future Directions*, Boston, 1991, p. 170 y ss.

<sup>58</sup> Por ejemplo, en el sector de la responsabilidad por los productos, MACCONNELL, M.W.: «A Choice-of-Law Approach to Product Liability», en la obra *New Directions in Liability Law* (Olson, editor), 1990, p. 90 y ss. HAY, B.L.: «Conflict of Laws and State Competition in the Product Liability System», *Georgetown L.R.* (1991), p. 617 y ss.



1. Esta asociación está presente en el *Restatement of the Law Second, Conflict of Laws* adoptado por el American Law Institute en 1969<sup>59</sup> y en el Libro IV del Código civil de Luisiana de 1991. Y también inspira la construcción del Proyecto de Puerto Rico de 1991<sup>60</sup>.

Respecto al primero de estos textos, la construcción general está fundamentada en dos elementos básicos<sup>61</sup>. De un lado, un principio, el de la *most significant relationship*, que es el inspirador de la localización establecida en las normas de conflicto pero que también puede corregirla. De otro, un *approach* general en la Section 6.2, en el que se enuncian siete criterios o *relevant factors* que el Juez debe considerar<sup>62</sup>, sin indicar «how a particular question of choice of law should be decided in light of these factors or what relative weight should be accorded to them»<sup>63</sup>. De manera que esta asociación, por ejemplo, en una de las diecinueve normas de conflicto sobre actos ilícitos, conduce primero a la localización mediante la conexión tradicional del *locus delicti*, pero está acompañada de una cláusula correctiva común a otras muchas normas, *unless*, que nos remite a los criterios de la Section 6.2 para determinar si otro ordenamiento posee una «most significant relationship to the occurrence and the parties». De manera que, en ciertos casos, nos encontramos ante una *presumptive rule*<sup>64</sup>, dado que la localización inicial puede ser corregida si otro ordenamiento está más estrechamente vinculado con el supuesto y la corrección, por último, se lleva a cabo tomando en consideración los criterios del *approach* general. En otros, la norma de conflicto sólo indica las conexiones relevantes en la materia, para efectuar a continuación la misma remisión a la Section 6.2<sup>65</sup>. Y, por último, ciertas normas de conflicto tienen una estructura más tradicional, pues ex-

<sup>59</sup> 2ª ed., 1971.

<sup>60</sup> SYMEONIDES, S.C.: «Revising Puerto Rico's Conflict Laws: A Preview», *Columbia J. Trans. L* (1990), p. 413 y ss. Véanse también los comentarios de este autor en la obra de KOKKINI-IATRIDOU, D. (ed.), *cit.* (1994), p. 118 y ss.

<sup>61</sup> Para SYMEONIDES, S.C., COLLINS PERDUE, W. y VON MEHREN, A.T.: *op. cit.*, (1998), p. 136, se trata de «the two cornerstones of the Restatement (Second)». Para una clasificación de las soluciones del Restatement on Conflict of Laws, Second, véase la contribución de SYMEONIDES, S.C. en la obra de KOKKINI-IATRIDOU, D.: *cit.* (1994), p. 91 y ss., donde distingue el «ad hoc group», el «usually group», el «unless group» y el «rules group».

<sup>62</sup> A saber: «(a) the need of the interstate and international systems; (b) the relevant policies of the forum; (c) the relevant policies of other interested states and the relevant interests of those states in the determination of the particular issue; (d) the protection of justified expectations; (e) the basic policies underlying the particular field of law; (f) certainty, predictability and uniformity of results, and (g) ease in the determination and application of the law to be applied».

<sup>63</sup> REESE, W.L.M.: *op. cit.*, (1972), p. 325.

<sup>64</sup> SYMEONIDES, S.C., COLLINS PERDUE, W. y VON MEHREN, A.T.: *op. cit.*, (1998), p. 137.

<sup>65</sup> Por ejemplo, en la Section 188.

cluyen la corrección por el Juez, como es el caso de las consagradas a bienes y sucesiones, admitiéndose en estos casos la posibilidad de un reenvío<sup>66</sup>.

2. Por último, la misma asociación de un principio y un *approach* con normas de conflicto ha presidido también la construcción del Libro IV del Código civil del Estado de Luisiana adoptado en 1991<sup>67</sup>. Aun cuando esta codificación contenga normas de conflicto tradicionales, unilaterales y multilaterales, e incluso algunas de carácter sustantivo, la clave de la construcción es «a combination of narrow rules and a flexible approach»<sup>68</sup>.

Esta asociación de técnicas entraña, de un lado, la formulación de *approaches* particulares para los ocho sectores de materia objeto de regulación, que deben operar junto a las normas concretas contenidas en cada Título. De otro, de una *general and residual rule* para la codificación en su conjunto, contenida en el artículo 3.515, para las cuestiones no reguladas expresamente en las normas. Y si nos detenemos en esta última, podría pensarse que el principio de base es el formulado por W.F. Baxter que ya conocemos, puesto que la ley aplicable a una cuestión es la del Estado «whose policies would be most seriously impaired if its laws were not applied to the issue». Aunque se ha señalado que éste no es el caso, pues a diferencia de dicho autor o de B. Currie lo que se pretende es minimizar «the impairments of the interests of the involved states»<sup>69</sup>. Y ello se expresa en el *approach* que acompaña al principio, pues para determinar cuál es el Estado cuya ley debe ser aplicada, el Juez deberá evaluar «the strength and pertinence of the relevant policies of all involved states in the light of: (1) the relationship of each state to the parties and the dispute; and (2) the policies and needs of the interstate and international systems, including the policies of upholding the justified expectations of the parties and of minimizing the adverse consequences that might follow from subjecting a party to the law of more than one state».

Una construcción que también ha inspirado la del Proyecto de Puerto Rico de 1991, pues si bien se parte de otro principio, la aplicación de la Ley del estado que posea «the most significant connection», los términos del *approach* que lo acompaña son muy similares, salvo que el Juez debe partir del examen de las «policies

---

<sup>66</sup> Véase SYMEONIDES, S.C.: *op. cit.*, (1994), pp. 96-97. El reenvío se admite con carácter general, bajo ciertos presupuestos, en la Section 8.

<sup>67</sup> SYMEONIDES, S.C.: «Les grands problèmes de droit international privé et la nouvelle codification de Louisiane», *R. Critique* (1992), p. 223 y ss. Id. «Private International Law Codification in a Mixed Jurisdiction. The Louisiana Experience», *Rebels Z* (1993), p. 460 y ss., así como las referencias a los trabajos de este autor y de otros sobre esta codificación citados en su contribución a la obra de KOKKINI-IATRIDOU, D. (ed.): *cit.* (1994), p. 106, notas 135 y 136.

<sup>68</sup> SYMEONIDES, S.C.: *op. cit.*, (1994), pp. 106-107

<sup>69</sup> SYMEONIDES, S.C.: «Louisiana's New Law of Choice of Law for Tort Conflict: an Exegesis», *Tulane L.R.* (1992), p. 690.



embodied in the particular rules of law claimed to be applicable, as well as any other pertinent policies of the involved states».

### 3. CONCLUSIONES

1. Al describir las distintas modalidades de *approaches* se han ido señalando ciertos rasgos característicos que permiten diferenciar esta vía para la flexibilización de un sistema estatal de Derecho internacional privado con la utilizada en Europa. Aunque debe agregarse de inmediato que una y otra tienen ciertos puntos comunes.

El principal es la importancia que en ambos casos se atribuye a la tarea del Juez. Pues ya se trate de concretar una conexión o de corregir la localización en el caso de los sistemas europeos, la consecuencia es que, en definitiva, al Juez le corresponde establecer la «regla del caso». Y otro tanto puede decirse de los *approaches*, aunque quizás la labor judicial requiera una mayor intensidad pues ya se trate de un principio, de varios criterios o de la asociación de unos y otros a una norma de conflicto, la textura normativa es indudablemente más abierta. Y en los dos casos se produce una consecuencia similar: la necesidad de un importante esfuerzo argumentativo, pues el razonamiento judicial deberá contener una ponderación y una evaluación bien del conjunto de circunstancias presentes en el litigio, bien de éstas a la luz de los objetivos de política legislativa y otros criterios constitutivos del *approach*. Y si en la vía seguida en Estados Unidos el objetivo es generalmente alcanzar una localización apropiada de la situación de la vida internacional, en el caso del *Restatement on the Conflict of Laws, Second* habrá podido apreciarse que también está presente una función correctora de la localización para ciertas materias, al igual que en las «cláusulas de excepción» de los sistemas europeos de Derecho internacional privado.

2. Las diferencias a uno y otro lado del Atlántico, sin embargo, no son menos importantes que las coincidencias. En los sistemas europeos la flexibilización es sólo una expresión del principio de mayor proximidad, tanto si se trata de normas de conflicto cuya función es la localización del supuesto o de cláusulas correctoras de aquéllas. Y, consiguientemente, tanto unas como otras deben ser interpretadas y aplicadas por el Juez a la luz de dicho principio. En el caso de las soluciones americanas, sólo la *most significant relationship* utilizada como principio por el *Restatement on Conflict of Laws, Second* pudiera pensarse que se aproxima al modelo general europeo. Pero ello no es así, ni incluso si se emplea la *most significant connection* como en el Proyecto de Puerto Rico. Pues basta observar que la localización más apropiada de los supuestos no se alcanza teniendo en cuenta exclusivamente una vinculación muy intensa, muy fuerte o muy estrecha de las circunstancias del litigio con el ámbito de un determinado ordenamiento, sino en atención a criterios de diversa naturaleza incluidos en los *approaches* que la acompañan. Y es evidente que si se parte tanto del principio del *most concerned State* como del *interest analysis* o del principio de *comparative impairment*, estamos lejos de una finalidad localizadora basada en esa vinculación espacial del supuesto o en la determinación del «centro de gravedad» del mismo, dado que lo determinante son los intereses estatales en pre-



sencia que se desprenden de las diferentes leyes eventualmente aplicables. Y ello implica, sin duda, el paso de un modelo teórico a otro distinto<sup>70</sup>.

A lo que cabe agregar, finalmente, que si un *approach* utiliza varios criterios de naturaleza heterogénea, lo que es el caso más común, nos encontramos, como dijera R.A. Leflar de sus cinco *choice-influencing considerations*, ante un *approach* «eclectico». Y en una solución de este carácter no cabe excluir, además, que el Juez deba tener en cuenta principios o criterios que pertenecen a modelos teóricos diferentes. Como ocurre en el caso del *approach* de la Section 6.2 del *Restatement on the Conflict of Laws, Second* cuando utiliza, por ejemplo, «the relevant policies of other interested states and the relevant interests of those other states in the determination of the particular issue» junto a la «certainty, predictability and uniformity of results». Lo que tal vez esté justificado si se admite una cierta discrecionalidad del Juez en su aplicación, típica de un sistema de *Common law*, pero que resulta difícil de aceptar en los sistemas europeos continentales. Pues aun cuando en estos el legislador habilite al Juez para culminar su obra cuando emplea normas abiertas o cláusulas generales y llegar así a la «regla del caso», el Juez no deja de estar menos sometido a la ley y a los objetivos y finalidades que aquél trata de alcanzar.

---

<sup>70</sup> En este sentido, DE BOER, TH.: «Facultatives Choice of Law», *Recueil des Cours*, tomo 257 (1996), pp. 276-277, donde alude a dos modelos teóricos distintos, uno centrado en el «content of the competing substantive rules» y otro en el «center of gravity of the legal relationship».