

Publicado en: *Derecho internacional privado – derecho de la libertad y el respeto mutuo. Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maekelt*, Asunción, ASADIP / CEDEP, 2010 (biblioteca de derecho de la globalización, vol. 4)

Un derecho comparado para el derecho internacional privado de nuestros días

Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO*

SUMARIO: I. Introducción: un paradigma comparativo clásico para un DIPr clásico.- II. Razones y consecuencias de los cambios en el DIPr: 1. Avances tecnológicos: A) Registros electrónicos de garantías mobiliarias; B) Contratos electrónicos; C) Apostillas electrónicas. 2. Incremento en el tráfico transfronterizo: A) Circulación internacional de seres humanos – Impacto en el derecho internacional de la familia; B) Transferencia de sede social y actividades *off-shore*; C) Circulación de bienes culturales. 3. Rol de los derechos humanos en las relaciones jurídicas privadas: A) Derechos humanos en el proceso civil; B) Libertad, igualdad y dignidad de la persona. 4. Evolución del significado de los conceptos jurídicos tradicionales: A) Soberanía; B) Territorialismo; C) Poder jurisdiccional.- III. Elementos del DIPr actual: 1. ¿Qué es hoy el DIPr?: A) Declive del DIPr centrado en la determinación del derecho aplicable; B) Materialización del DIPr. 2. ¿Quién elabora el DIPr?: A) Aumento y expansión de los actores privados; B) Elaboración de reglas “universales” por legisladores nacionales. 3. ¿Cómo se elabora el DIPr?: A) “Residualización” del DIPr nacional; B) *Soft law* y reglas abiertas.- IV. La búsqueda de un paradigma comparativo contemporáneo para el DIPr actual: 1. DIPr y DC (visión tradicional): A) Comparación de sistemas de DIPr; B) Elaboración de normas de DIPr; C) Interpretación y aplicación del DIPr. 2. El DIPr frente a la globalización y la integración regional (visión contemporánea): A) Necesidad de un enfoque complementario; B) Optimizar la cooperación internacional como finalidad esencial del DC.- V. Enseñar y aprender el DIPr sobre una base comparativa: 1. ¿Por qué se debe enseñar el DIPr “comparativamente”: A) Aumento del número de personas conectadas con múltiples sistemas jurídicos; B) Pluralidad de órdenes jurídicos; C) Facilidad en el acceso al derecho extranjero. 2. ¿Cómo se debería enseñar el DIPr comparado?: A) Mantenimiento de la utilidad de la división derecho romano-germánico / *common law*; B) Importancia de la jurisprudencia; C) Otras cuestiones a tener en cuenta.- VI. Algunas apreciaciones conclusivas.

* Presidente de la ASADIP. Profesor de la Universidad Complutense de Madrid y del Instituto de Estudios Políticos de París (*SciencesPo*). Este artículo fue publicado originalmente en inglés en el *YBPIL*, vol. IX, 2009, pp. 31 ss.

I. Introducción: un paradigma comparativo clásico para un DIPr clásico

El DIPr y el DC han sido vistos durante muchísimo tiempo como una pareja¹ y, con ánimo de ser más preciso, diría que la visión predominante ha sido siempre la de una pareja armoniosa, cuyos miembros tendrían intereses y objetivos complementarios. Acaso pudiera discutirse sobre la pertinencia de una caracterización de ese tipo, debido a las profundas diferencias de carácter de los miembros de tal pareja y de la promiscuidad de uno de ellos. Pero en realidad lo único que me interesa poner de manifiesto en este humilde pero muy sentido tributo a Tatiana MAEKELT es que la concepción tradicional del DC no encaja para nada con el DIPr actual. Es obvio que el DC es una herramienta esencial para el funcionamiento del DIPr. No digo nada nuevo. Los mejores cultores del DIPr, al menos desde Samuel LIVERMORE y Joseph STORY, han basado sus teorías en el DC². El enfoque comparativo continúa a ser un rasgo distintivo de los más destacados Cursos Generales de DIPr de la Academia de Derecho Internacional de La Haya³. A través de esos trabajos y de otros sobre temas específicos hemos podido saber cómo usar el método comparativo en el ámbito del derecho aplicable, de la competencia judicial, del reconocimiento de decisiones extranjeras y de la cooperación entre autoridades; es decir, en todas las áreas consideradas hoy en día como componentes del DIPr.

El problema, sin embargo, es que el DIPr ha cambiado tanto en los últimos años que, en el contexto actual, el uso "común" del método comparativo en el campo del DIPr se ha vuelto claramente insatisfactorio. La idea básica que sostiene esta contribución es que dados los cambios experimentados por el DIPr el uso del DC en relación con aquél también debe cambiar. El DC es ahora más esencial que nunca, pero requiere un enfoque más comprensivo y dinámico.

Para desarrollar esta idea básica, lo primero que haré será tratar las características más relevantes del DIPr actual, es decir, aquellas que están transformando la disciplina (II y III). Después, intentaré responder la pregunta sobre cómo debería cambiar el método comparativo a fin de ser útil para este "nuevo" DIPr (IV). En tercer y más importante lugar, me ocuparé de la necesidad de que ese cambio metodológico se traduzca en un uso masivo, generalizado, de la misma en la enseñanza y el aprendizaje del DIPr (V)⁴. Para terminar realizaré unos breves comentarios.

¹ B. FAUVARQUE-COSSON, "Comparative Law and Conflicts of Laws: Allies or Enemies? New Perspectives on an Old Couple", *AJCL*, 2001, pp. 413 ss.; *id.*, "Droit international privé et droit comparé: brève histoire d'un couple à l'heure de l'Europe", in: *Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 43 ss.

² F.K. JUENGER, *Derecho internacional privado y justicia material*, trad., México, Porrúa / UIA, 2006, pp. 31-34.

³ Como los de Pierre LALIVE, Alfred E. VON OVERBECK, Friedrich K. JUENGER, Georges A.L. DROZ, Erik JAYME, Arthur T. VON MEHREN, Bernard AUDIT...

⁴ En este punto radica el corazón de mi trabajo, el cual refleja de algún modo los temas principales abordados en un curso que tuve la fortuna de impartir a principios de 2007 en la Maestría de DIPr de la Universidad Central de Venezuela, durante el cual tuve la dicha de recibir valiosísimos puntos de vista de Tatiana B. de MAEKELT

II. Razones y consecuencias de los cambios en el DIPr

La mutación que desarrolla el DIPr es el resultado de varios factores. Todos ellos están relacionados, aunque con modos y alcances diferentes, con dos fenómenos fundamentales: los procesos de internacionalización y de integración / supranacionalización que afectan todos los aspectos estudiados por las ciencias humanas. Entre los factores más relevantes, me limitaré a mencionar sólo los que a mi juicio son particularmente pertinentes. Para subrayar algunos de los muchísimos ejemplos posibles vinculados con esos factores podría ser útil, más allá del propósito principal de este ensayo, evaluar una vez más el limitado rol de la metodología clásica del DIPr.

1. Avances tecnológicos

A) Registros electrónicos de garantías mobiliarias

Un ámbito importante en el cual es fácil constatar el impacto de la tecnología es el de la implementación de registros electrónicos para garantías mobiliarias, ámbito en el cual los cambios no sólo se refieren al salto desde el papel a los artilugios electrónicos, sino también a la posibilidad de acceso remoto en tiempo real a dichos registros. Tales cambios han generado respuestas que no estaban en los catálogos de las soluciones clásicas del DIPr y que, más que eso, colocan a los mecanismos conflictuales en un rincón que sólo se visita como último recurso.

- (ej. 1): La Convención UNIDROIT / OACI de 2001 relativo a garantías internacionales sobre bienes de equipo móvil, más conocida como Convención de Ciudad del Cabo, y su Protocolo sobre equipos aeronáuticos, que cuentan al día de hoy con 39 y 33 "partes" respectivamente⁵, deben su éxito a la creación de un registro único universal para todas las posibles garantías que pueden constituirse sobre este tipo de bienes⁶. Para esta Convención, las formalidades para la constitución de una garantía son fáciles de cumplir; el acceso al registro y las consultas por "cualquier persona" son igualmente simples. En este contexto no es extraño que el rol reservado a las normas de conflicto sea limitado. Por un lado, en términos estrictos, el propósito de la Convención es que las normas de conflicto no se apliquen a las cuestiones relativas a las materias reguladas por la Convención que no han sido expresamente resueltas en ella sin antes agotar todas las posibilidades ofrecidas por "principios generales en los cuales se basa". Por otro lado, la Convención no designa un concreto derecho aplicable sino que simplemente invoca la aplicación del DIPr del foro, lo

(presente en todas y cada una de las clases de más de cinco horas diarias) y de varios de sus discípulos más brillantes (Luis Ernesto RODRÍGUEZ, Miriam RODRÍGUEZ, Javier OCHOA, Zhandra MARÍN, etc.).

⁵ "Partes", no "Estados", ya que uno de ellos es la UE (ver art. 48(2) de la Convención y art. XXVII del Protocolo), lo que implica sus 27 (o 26 por la particular situación de Dinamarca) Estados miembros.

⁶ Ver R. GOODE, "The Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment: a Driving Force for International Asset-Based Financing", *Unif. L. Rev.*, 2002, pp. 3 ss ("The international interest is a unique creation; so too is the International Registry"); R.C.C. CUMMING, "The International Registry for Interests in Aircraft: An Overview of its Structure", *DeCITA*, vol. 7/8, 2007, pp. 133 ss. Los bienes de los que se ocupa la Convención y sus respectivos Protocolos son individualizables y de gran valor (aeronaves, motores de aeronaves y helicópteros; material rodante ferroviario; bienes espaciales).

que significa que el derecho aplicable depende de las normas de competencia judicial. Siendo una Convención que regula relaciones entre partes de un cierto poder económico, la autonomía de la voluntad es la regla general básica y la regla particular para la determinación del tribunal competente. Ciertamente, la aplastante lógica de esta opción, y su correlativa rápida aceptación por una amplia diversidad de Estados desde Cuba hasta Estados Unidos, es sorprendente si se la compara con el dogma de la jurisdicción exclusiva sobre diferentes materias que sigue reinando en todo el mundo.

- (ej. 2): En América, la CIDIP ha adoptado la Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias (2002)⁷, la cual ya ha sido adoptada – según fórmulas no idénticas – por Perú y Guatemala y otros están siguiendo ese camino⁸. Recientemente, la CIDIP VII (I)⁹ ha adoptado el Reglamento Modelo para el registro de garantías mobiliarias, un conjunto de directrices para poner en funcionamiento los registros electrónicos y regular el acceso a los mismos, Reglamento que viene a completar el marco normativo ofrecido por la Ley Modelo¹⁰. El cambio de perspectiva propuesto por ambos instrumentos es bastante radical ya que ellos tienden a organizar para el futuro un sistema interconectado de registros en los cuales las garantías estarán ordenadas por el nombre del deudor y que será accesible desde jurisdicciones remotas. Con un sistema de garantías armonizado, con un solo modelo de registro y con un conjunto de formularios estandarizados, el espacio para las soluciones conflictuales tradicionales (¡incluso para los problemas conflictuales tradicionales!) debería ser más bien pequeño.

B) Contratos electrónicos

Otro tema indudablemente vinculado con los adelantos tecnológicos es el de la forma del contrato, en particular el del paso de lo real a lo virtual. Los legisladores de todos los niveles producción jurídica están elaborando reglas para enfrentarse a las nuevas situaciones creadas. Por supuesto, el creciente uso de medios electrónicos no elimina radicalmente la utilidad de las normas existentes, tanto sustanciales como “conflictuales”. Además, cuestiones tales como la determinación del domicilio de una sociedad son igualmente problemáticas tanto si ésta contrata por medios tradicionales como si lo hace por medios modernísimos. Sin embargo, teniendo en cuenta que el comercio electrónico ocupa ahora

⁷ Ver B. KOZOLCHYK / J. WILSON, “The Organization of American States’ Model Inter-American Law on Secured Transactions”, www.natlaw.com/hndocs/artoasmlbkjw.pdf; J. WILSON / M.R. GUTIÉRREZ, “Implementación y operación de la Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias de la Organización de los Estados Americanos”, *DeCITA*, vol. 7/8, 2007, pp. 182 ss.

⁸ También México ha modificado su sistema de garantías en el sentido de la Ley Modelo pero las sucesivas reformas mexicanas sobre la materia fueron más un producto de las exigencias del proceso de integración económica norteamericano que una consecuencia de la Ley Modelo. Ver J. SÁNCHEZ CORDERO, “Las garantías mobiliarias mexicanas. Las zozobras mexicanas”, in: *Homenaje Rodolfo Cruz Miramontes*, t. II, México, Porrúa, 2008, pp. 455 ss.

⁹ La expresión “CIDIP VII (I)” es usada porque, por primera vez, la OEA ha decidido dividir la Conferencia convocando una reunión para el tema de los registros electrónicos (celebrada en Washington, DC, del 7 al 9 de octubre de 2009) y otra para el tema de la protección internacional de los consumidores (prevista originariamente para celebrarse en Brasilia en 2010).

¹⁰ OEA/Ser.K/XXI.7, CIDIP-VII/doc.3/09, 19 October 2009.

una parte importante de las transacciones internacionales, varios aspectos del derecho de los contratos internacionales necesitan ser tenidos en cuenta¹¹.

- (ej. 1): Así, por ejemplo, la UNCITRAL ha adoptado dos Leyes Modelo sobre comercio electrónico y sobre firmas electrónicas, y la Convención sobre la utilización de comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales de 2005¹², que todavía no está en vigor.

- (ej. 2): En 2006, la UNCITRAL enmendó su Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional introduciendo dos opciones relativas al requisito de forma escrita para la convención de arbitraje y aprobó al mismo tiempo una recomendación para que las mismas fueran tenidas en cuenta al aplicar la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales. En relación con la Ley Modelo, la idea original fue la de introducir una regla relativa al uso de medios electrónicos en la celebración del convenio arbitral. Sin embargo, la regla preparada por el Grupo de trabajo sobre arbitraje y conciliación resultó ser tan tortuosa –incluyendo la extrañeza de un convenio arbitral oral que puede ser considerado escrito¹³– que el Grupo finalmente adoptó una segunda redacción opcional que directamente elimina el requisito de la forma escrita. Para decirlo más claro: la modificación necesaria para adecuarse a las nuevas tecnologías desembocó en la eliminación total de un requisito tradicional y ampliamente aceptado y que sigue estando presente en la Convención de Nueva York de 1958¹⁴.

- (ej. 3): Otro interesantísimo ejemplo es el de la revolución del derecho del consumo, que supo ser una rama jurídica esencialmente interna y que ahora es cada vez más internacional, sobre todo debido a internet y al turismo de masas. Los profundos cambios tecnológicos en las comunicaciones y el transporte impactan sobre diversos aspectos tradicionales del DIPr, como el ámbito de la autonomía de la voluntad, la aplicación de normas imperativas y, más generalmente, la protección de las partes con un limitado poder de negociación. Todas estas cuestiones sufren la multiplicación y la diversificación de casos provocados por la globalización. De hecho, en muchos Estados los jueces parecen estar aprendiendo derecho internacional del consumo a medida que deben enfrentarse con la compleja solución de los casos reales¹⁵, al mismo tiempo que los legisladores intentan inventar nuevas respuestas a las preguntas que cambian todos los días. Es interesante notar

¹¹ Ver E. JAYME, "Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation", *Recueil des Cours*, t. 282, 2000, pp. 32-34; A. RODRÍGUEZ BENOT, "La influencia de la globalización en la elaboración, aplicación e interpretación del sistema de Derecho internacional privado: especial referencia al comercio electrónico y a la contratación internacional", in: CALVO CARAVACA A.-L. / BLANCO-MORALES LIMONES P. (dirs.), *Globalización y Derecho*, Madrid, Colex, 2003, pp. 507 ss.; J.M. VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor online en el derecho internacional privado interamericano*, Asunción, CEDEP, 2009, pp. 48-70.

¹² H.D. GABRIEL, "The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts: An Overview and Analysis", *Unif. L. Rev.*, 2006, pp. 285 ss.

¹³ T. LANDAU, "The Requirement of a Written Form for an Arbitration Agreement: When «Written» Means «Oral»", in: A.J. van den Berg (dir.), *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, The Hague, Kluwer, 2003, pp. 19 ss.

¹⁴ Ofrecer diversas opciones no parece ser la mejor solución para una ley modelo. Ver, sin embargo, P. PERALES VISCASILLAS, "¿Forma escrita del convenio arbitral?: nuevas disposiciones de la CNUDMI/UNCITRAL", *Derecho de los Negocios*, nº 197, 2007, pp. 5 ss.

¹⁵ Aunque algunos de esos casos surgen en el mundo virtual como *Bragg v. Linden Research, Inc.*, 487 F. Supp. 2d 593 (E.D.Penn. 2007). Ver J.M. VELÁZQUEZ GARDETA, "Protección real de derechos de propiedad intelectual en las plataformas virtuales (sobre algunas recientes decisiones judiciales que afectan a *Second Life*)", *DeCITA*, nº 10, 2009, pp. 223 ss.

la prevalencia de este t3pico en el derecho de la UE, donde los casos sobre consumidores son frecuentes¹⁶. M1s precisamente, la UE est1 ahora revisando todo su acervo en la materia en un intento de alcanzar la armonizaci3n en esta materia¹⁷. A1n m1s interesantes son las proposiciones actualmente en discusi3n en el marco de la CIDIP, de diferente naturaleza¹⁸ en un impresionante ejemplo del car1cter plural del DIPr actual.

C) Apostillas electr3nicas

Entre los instrumentos adoptados por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en materia de cooperaci3n internacional, la Convenci3n de 1961 eliminando el requisito de legalizaci3n en los documentos p1blicos extranjeros (Convenci3n de la apostilla) se ha convertido en el m1s exitoso (con casi 100 Estados partes) y tal vez en el m1s 1til. Dado que la necesidad de contar con documentos aut3nticos est1 presente en todas las 1reas del DIPr, la relevancia pr1ctica de esta Convenci3n no admite comparaci3n. Pero lo que me interesa poner de relieve en el marco de este ensayo es la creciente utilidad de la Convenci3n a trav1s de la aplicaci3n de las tecnolog1as modernas. La Conferencia de La Haya y la *National Notary Association* han creado el Programa piloto de la apostilla electr3nica (e-APP), dirigido por un lado a la implementaci3n de un software para la emisi3n y el uso de las apostillas electr3nicas y, por otro lado, al funcionamiento de registros electr3nicos de apostillas. Hoy, siete pa1ses, dos Estados de los Estados Unidos, una regi3n espa1ola y el DF mexicano est1n participando en el e-APP¹⁹.

2. Incremento en el tr1fico transfronterizo

Se ha vuelto un lugar com1n destacar el impresionante desarrollo de las relaciones internacionales entre personas f1sicas y jur1dicas, as1 como el aumento en la circulaci3n,

¹⁶ Ver TJCE, C-180/06, 14 de mayo de 2009, *Ilseinger*.

¹⁷ Ver *Libro Verde sobre la revisi3n del acervo en materia de consumo*, COM (2006) 744 final, y la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores, COM(2008) 614 final. Ver las cr1ticas y las dudas manifestadas por T. WHILHELMSSON, "Full Harmonization of Consumer Contract Law?", *ZEUP* 2008-2, pp. 225 ss., y N. REICH, "Die Stellung des Verbraucherrechts im «Gemeinsamen Referenzrahmen» und im «optionellen Instrument» – Trojanisches Pferd oder Kinderschreck?", in: *Liber amicorum Bernd Stauder*, Zurich, Schulthess, 2006, pp. 364-369.

¹⁸ Brasil present3 un Proyecto de Convenci3n sobre derecho aplicable a algunos contratos y transacciones de consume, cuya 1ltima versi3n (de octubre de 2009) fue presentada conjuntamente con Argentina y Paraguay; Canad1 propuso una Ley Modelo sobre jurisdicci3n y ley aplicable a los contratos con consumidores; y los Estados Unidos sometieron a consideraci3n un Proyecto de Gu1a Legislativa sobre disponibilidad de medios de soluci3n de controversias y restituci3n gubernamental que aparece acompa1ada, en su 1ltima versi3n de febrero de 2010, de cuatro Anexos (leyes modelos) referidos a: (A) la soluci3n electr3nica de controversias transfronterizas de consumidores en el 1mbito del comercio electr3nico; (B) los reclamos de los consumidores por tarjetas de pago; (C) los reclamos de menor cuant1a; y (D) la restituci3n gubernamental. Ver J.M. VEL1ZQUEZ GARDETA (nota 11) *passim*; *id.*, "Organization of American States", in: D.P. Fern1ndez Arroyo (dir.), *Consumer Protection in International Private Relationships / Protection des consommateurs dans les relations priv1es internationales*, Asunci3n, ASADIP / CEDEP / BRASILCON, 2010, pp. ; D.P. FERN1NDEZ ARROYO, "Current Approaches Towards Harmonization of Consumer Private International Law in the Americas", *ICLQ*, 2009, pp. 411 ss.

¹⁹ Ver www.e-app.info/; M. CELIS AGUILAR, 'Primer Foro internacional sobre la notarizaci3n y las apostillas electr3nicas', *DeCITA*, n1 5/6, 2006, pp. 261 ss. La tecnolog1a puede jugar tambi3n un papel muy 1til en la implementaci3n de otras convenciones. Ver Ph. LORTIE, "The Development of Medium and Technology Neutral International Treaties in Support of Post-Convention Information Technology Systems", *YBPIL*, vol. X, 2008, pp. 359 ss.

tanto en el mundo material como en el virtual, de bienes tangibles e intangibles. Incluso si limitamos el análisis a lo que sucede en el mundo "real", es ahora bastante común que una persona tenga relaciones con Estados y comunidades diferentes a los de su origen. Autores destacados²⁰ han llamado la atención sobre esta situación y sobre sus consecuencias. Las relaciones se han multiplicado y se producen ahora bajo diferentes formas y combinaciones.

A) Circulación internacional de seres humanos – Impacto en el derecho internacional de la familia

La determinación y la inclinación de traspasar las fronteras es inherente a la naturaleza humana. Los movimientos migratorios masivos, incluidos aquellos motivados por razones económicas, existen desde siempre. Desde el siglo XIX, como mínimo, la migración constituye uno de los fenómenos sociales más importantes. Sin embargo, debido a la globalización y a alguno de los factores que se asocian a ella (como el libre comercio, la organización internacional de las empresas y los avances tecnológicos en el comercio y la comunicación), junto con el obvio crecimiento de la población mundial, las migraciones internacionales han conocido, durante las últimas décadas, dimensiones nunca vistas antes²¹. Los países desarrollados²² buscan controlar las mareas humanas a través de barreras físicas y jurídicas²³ pero la fuerza del fenómeno migratorio hace que dichos esfuerzos estén destinados al fracaso. No sólo ha crecido el número de migrantes, sino también la velocidad y la heterogeneidad de los diversos procesos migratorios. No puede sorprender, por tanto, que las migraciones internacionales atraigan la atención de las ciencias humanas en general. Desde la perspectiva del DIPr, el fenómeno impacta sobre el alto nivel de movilidad de las poblaciones (con países de emigración que se transforman en un período muy breve en países de inmigración) y la constitución de sociedades multiculturales que afectan diversas materias, en particular el derecho de familia²⁴.

- (ej. 1): En primer lugar, la intensidad de los flujos de personas, además de los cambios culturales y sociales, ha provocado la afirmación de la autonomía de la voluntad en el derecho interno e internacional de la familia. En efecto, el derecho de las partes de una relación jurídica a elegir el juez y el derecho para resolver sus litigios –una cuestión tradicionalmente estudiada en el campo de los contratos– ha cruzado las fronteras del derecho de los contratos para entrar en el derecho de las sucesiones y otras materias

²⁰ E. JAYME (nota 11), pp. 23 ss.; D. OPERTTI BADÁN, "El derecho internacional privado en tiempos de globalización", *Rev. Uruguay DIPr*, nº 6, 2005, pp. 15 ss.; J. BASEDOW, "Global Life, Local Law? – About the Globalisation of Law and Policy-Making", in: *Liber amicorum Didier Opertti Badán*, Montevideo, FCU, 2005, pp. 819 ss.

²¹ Según la Organización Internacional para las Migraciones, "como nunca antes en la historia de la humanidad, cada vez son más las personas que se trasladan de un lugar a otro" (www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/lang/es).

²² Incluyendo países relativamente desarrollados, es decir, países más desarrollados que sus vecinos.

²³ Ver, por ejemplo, K. PARROT / C. SANTULLI, "L'Union européenne contre les étrangers", in: *Rev. crit. DIP*, 2009, pp. 205 ss. A veces esas barreras son de una legalidad más que dudosa y de una moralidad a todas luces reprobable.

²⁴ Ver, en general, H. VAN LOON, "Vers un nouveau modèle de gouvernance multilatérale de la migration internationale. Réflexions à partir de certaines techniques de coopération développées au sein de la Conférence de La Haye", in: *Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 419 ss., y, en el ámbito del derecho de familia, K. BOELE-WOELKI, "What Comparative Family Law Should Entail?", in: K. Boele-Woelki (dir.), *Debates in Family Law Around the Globe at the Dawn of the 21st Century*, Antwerp *et al*, Intersentia, 2009, en particular, pp. 31-33.

vinculadas con la familia²⁵. Las viejas pretensiones de los Estados de perseguir a sus "súbditos" con las particulares concepciones familiares de aquéllos (principio de la nacionalidad) o de someter a todos los habitantes al derecho local (principio del domicilio) no pueden funcionar muy bien en un contexto de continua movilidad de la gente. De este modo, además del uso generalizado de la residencia habitual como punto de conexión, los ordenamientos jurídicos cada vez ofrecen un rol más significativo a la autonomía de la voluntad. La Ley venezolana de DIPr de 1998 acepta expresamente la elección del juez competente en los litigios relativos al estado civil o a las relaciones familiares, siempre que el litigio tenga una "vinculación efectiva" con el territorio venezolano²⁶. En el marco de la UE, aunque de una forma bastante más complicada, la autonomía de la voluntad está presente en el Reglamento 2201/2003 sobre competencia judicial y reconocimiento de decisiones en materia de familia, así como en el futuro Reglamento de "Roma III" sobre la ley aplicable al divorcio²⁷.

- (ej. 2): Al lado del aumento de la importancia dada a la autonomía de la voluntad, debe hacerse referencia a la relajación de las políticas en materia de derecho de familia. La prohibición del divorcio ha desaparecido en prácticamente todos los ordenamientos jurídicos, y en los Estados que ya hace tiempo reconocen esta solución para las crisis matrimoniales se ofrecen ahora procedimientos más flexibles y requisitos formales menos exigentes para el reconocimiento de matrimonios y divorcios. Brasil, por ejemplo, ha modificado su Código procesal civil para permitir, con ciertas condiciones, el divorcio sin intervención judicial²⁸. Previamente, los más altos tribunales del país ya habían reconocido diversos tipos de divorcios extranjeros no judiciales, aprobados por decreto real (Dinamarca), por una autoridad religiosa (Israel) y por una autoridad administrativa (Japón)²⁹.

- (ej. 3): Otra cuestión interesante tiene que ver con las respuestas legislativas y judiciales que los ordenamientos jurídicos están brindando a los casos relativos a familias interculturales. Entre muchos ejemplos apropiados, vale particularmente la pena subrayar: la reforma del art. 107 del Código civil español en 2003 sobre la ley aplicable al divorcio y la nulidad³⁰; las decisiones de la *Cour de Cassation* (1ª Sala Civil) francesa de 17 de febrero de 2004 en materia de repudio³¹; y, en la otra costa del Mar Mediterráneo, el Código tunecino de DIPr de 1998, que ha sustituido la nacionalidad por el domicilio como foro de competencia³² incluso para litigios familiares (sobre capacidad, matrimonio y divorcio)³³.

²⁵ Ver E. JAYME, "Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies", *YBPIL*, vol. XI, 2009, pp. 1 ss.

²⁶ Article 42(2).

²⁷ Ver A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III", *Cuadernos de derecho transnacional*, nº 1, 2009, <http://kusan.uc3m.es/CIAN/index.php/CDT/article/view/525>.

²⁸ Ley nº 11441, de 4 de enero de 2007.

²⁹ N. DE ARAUJO, *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 299 y n. 595.

³⁰ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El divorcio internacional y el nuevo artículo 107.2 del Código Civil", *La Ley*, 2004-3, pp. 1745 ss.

³¹ *Rev. crit. DIP*, 2004, pp. 423 ss. y nota de HAMMJE.

³² M.E.A. HACHEM, "Le Code tunisien de droit international privé", *Rev. crit. DIP*, 1999, pp. 230-231 ("*le législateur est revenu à une position raisonnable, trouvant dans le droit comparé la mesure de la répartition des compétences, des exigences du contrôle des décisions étrangères et de la protection des autres souverains*").

B) Transferencia de sede social y actividades *off-shore*

Las empresas, como los seres humanos, han experimentado el vértigo de la movilidad y la ubicuidad facilitadas por la globalización. La ubicuidad se debe a la proliferación de empresas multinacionales y al aprovechamiento de las posibilidades permitidas por las modernas tecnologías. La movilidad puede ser percibida, casi todos los días, cuando los medios de comunicación nos traen noticias sobre sociedades que deciden transferir su sede y/o sus actividades de un país a otro. Esto ocurre, en la mayoría de los casos, en el contexto de la reorganización de las operaciones de las empresas multinacionales.

- (ej. 1): Es de sobra conocido que en el mercado integrado de la UE se ha producido una verdadera revolución en torno a la libre circulación de servicios y a la libertad de establecimiento. Confrontados a estas libertades, consideradas "fundamentales", los Estados han ido perdiendo su control sobre las sociedades incorporadas o que realizan actividades en sus territorios³⁴. El DIPr tradicional de sociedades había reabierto la vieja discusión sobre el punto de conexión apropiado para las cuestiones societarias³⁵. A pesar de su relevancia, este problema (como sucede con muchos otros problemas relacionados con la UE) es simplemente una situación interna de una organización cuasi-federal que posee un DIPr unificado aunque incompleto. El poder de legislación de los Estados miembros es tan reducido que los casos intracomunitarios de sociedades se parecen cada vez más a los casos internos, a tal punto que un caso con elementos en España y en Finlandia no se diferencia drásticamente de uno con elementos en Cataluña y en Andalucía.

- (ej. 2): Fuera (y a través) de las fronteras de la UE, los litigios sobre cuestiones societarias también han alcanzado una considerable intensidad, tanto los que conciernen a sociedades en plena actividad como los que afectan a sociedades que pasan por dificultades financieras³⁶. Además, la internacionalización de las actividades de las empresas ha obligado a la UNCITRAL a realizar una ardua tarea legislativa³⁷, así como ha generado la realización de propuestas innovadoras para adaptar la metodología conflictual clásica a las especificidades de los problemas actuales³⁸.

³³ Acerca de la oposición de parte de autores y jueces conservadores, ver M. GHAZOUANI, "Nationalité et compétence judiciaire", in: *Le Code tunisien de droit international privé deux ans après*, Tunis, CPU, 2003, pp. 13 ss.

³⁴ Ver, por ejemplo, las obligaciones establecidas para los Estados miembros en las decisiones del TJCE: C-212/97, de 9 de marzo de 1999, *Centros*; C-208/00, de 5 de noviembre de 2002, *Überseering*; y C-167/01, de 30 de septiembre de 2003, *Inspire Art*.

³⁵ Ver los casos citados en la nota anterior y también la decisión del TJCE C-210/06, de 16 de diciembre de 2008, *Cartesio*. Sobre todas estas cuestiones, ver C. KLEINER, "Le transfert de siège social en droit international privé", *JDI*, 2010, pp. 315 ss.

³⁶ En los últimos años, por ejemplo, varios casos relativos a empresas uruguayas en Argentina han presentado frecuentemente problemas y soluciones mixtas con elementos de derecho societario y de derecho concursal. Ver, entre muchos otros, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, de 13 de abril de 2000, *Proberan*, *La Ley* 2001-B, pp. 101 ss.; Salar A, de 18 de abril del 2006, *Boskoop*, *DeCITA*, n° 7/8, 2007, pp. 504 ss.

³⁷ Ver D. MORÁN BOVIO, "Secuencia de los trabajos sobre insolvencia en UNCITRAL", *DeCITA*, n° 11, 2009, pp. 61 ss.

³⁸ Ver L. d'AVOUT, "Sentido y alcance de la *lex fori concursus*", *DeCITA*, n° 11, 2009, pp. 38 ss.

C) Circulación de bienes culturales

Otro tema también interesante aunque totalmente diferente de los anteriores es el que se refiere a la circulación de bienes culturales, con sus particulares conflictos de intereses y sus respuestas legislativas y no legislativas. A diferencia de los movimientos transfronterizos de personas físicas y jurídicas, que constituyen fenómenos de alcance general con una variedad de consecuencias, la circulación internacional de bienes culturales representa una materia específica. Más allá de su valor elevado y su carácter único, los bienes culturales (y en particular las obras de arte) se encuentran en el medio de la confluencia de diversos intereses que condicionan la adopción de normas apropiadas para resolver los problemas vinculados con ellos. Tales intereses, como ha sido correctamente señalado³⁹, no corresponden sólo a los individuos y a las instituciones que tienen una relación directa con los bienes culturales (como artistas, propietarios, mecenas, coleccionistas, galerías, museos, casas de subastas) sino también al público en general y a los Estados a cuyo acervo cultural dichos bienes pertenecen. En el marco de un panorama tan diverso y complicado, las soluciones judiciales y legales no son siempre las mejores.

- (ej. 1): Así, varios tribunales norteamericanos, incluyendo la propia Corte Suprema⁴⁰, se declararon competentes para entender en litigios relacionados con la disputa entre la Sra. *María Altmann* y *Austria* sobre varias pinturas de Gustav Klimt expuestas en el Museo Belvedere de Viena, a pesar de que ni la demandada ni los bienes en cuestión estaban radicados en los Estados Unidos⁴¹.

- (ej. 2): Sin embargo, cuando los bienes culturales han sido robados o exportados ilegalmente, la Convención del UNIDROIT de 1995⁴², en vigor en 30 Estados de todos los continentes, establece como foro de competencia el *forum rei sitae* autorizando la intervención de otros tribunales sólo si dicha intervención se basa en la *lex fori* o en la autonomía de la voluntad. Se trata sin dudas de una solución más flexible y apropiada⁴³.

³⁹ E. JAYME, "Globalisation in Art Law: Clash of Interests and International Tendencies", *Vanderbilt J. Trans. L.*, vol. 38, 2005, pp. 928 ss.

⁴⁰ *Republic of Austria v. Altmann*, 2004 WL 1238028 (US). Ver JAYME E., "Ein internationaler Gerichtsstand für Rechtsstreitigkeiten um Kunstwerke. Lücken im europäischen Zuständigkeitssystem", in: *Festschrift Reinhard Mußgnug*, Heidelberg, Müller, 2005, pp. 523-524.

⁴¹ Para la Corte Federal Court del Noveno Circuito, al enviar sus folletos a los Estados Unidos, el Museo había estado "doing business" en ese país. Ver *Altmann v. Republic of Austria*, 317 F.3d 954, 970 (9th Cir. 2002). Crítico con esta solución, E. JAYME (nota precedente), p. 524.

⁴² P. LALIVE, "Une avancée du droit international: la Convention de Rome d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés", *Unif. L. Rev.*, 1996, pp. 40 ss.

⁴³ E. JAYME (note 40), p. 524, dice que la competencia del juez del país de origen del bien cultural también debería ser admitida. El mismo autor (nota 39), pp. 943-944, también subraya los efectos positivos de técnicas de carácter no obligatorio ("normas narrativas") tales como las adoptadas en los *Washington Conference Principles on Nazi-Confiscated Art* (ver también *IPRax*, 1999, pp. 284-285).

3. Rol de los derechos humanos en las relaciones jurídicas privadas

A) Derechos humanos en el proceso civil

Las tendencias globales a facilitar el acceso a la justicia y a proteger los derechos procesales del demandado son cada vez más visibles en los ámbitos de la competencia judicial, del reconocimiento y ejecución de decisiones y de la cooperación de autoridades⁴⁴.

- En el ámbito de la competencia judicial internacional:

(ej. 1): El *forum necessitatis*⁴⁵ se ha ido generalizando, a pesar de ciertas dificultades en su implementación en determinadas circunstancias⁴⁶. Vale la pena recordar que el propósito esencial del *forum necessitatis* consiste en ofrecer un argumento suplementario a los tribunales para justificar su intervención en casos en los cuales carecen de competencia. La única razón de este foro de competencia es garantizar el derecho fundamental de acceso a la justicia. De hecho, la evolución del mismo muestra una tendencia a restringir su ámbito de actuación. En esta línea, el Proyecto uruguayo de Ley de DIPr (2009) introduce una lista de condiciones para autorizar la aplicación de esta excepción.

(ej. 2): La jurisdicción humanitaria universal (o excepcional): a) tal como la entendió la *Cour de cassation* francesa en 2006⁴⁷ sosteniendo la competencia de los tribunales franceses para decidir en un caso relativo a un aparente contrato de trabajo –que no era otra cosa, en realidad, que una situación de esclavitud– sin conexión alguna con Francia⁴⁸; y b) como se entiende bajo la extensiva aplicación del *Alien Tort Statute* de los Estados Unidos, el cual ha abierto la vía para considerar a las empresas privadas responsables por violaciones de los derechos humanos⁴⁹.

- En el ámbito del reconocimiento y la ejecución de decisiones extranjeras:

⁴⁴ Ver, en general, P. KINSCH, "Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé", *Recueil des Cours*, t. 318, 2005, pp. 9 ss.; B. FAUVERQUE-COSSON, "Droit comparé et droit international privé: la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux", *RIDC*, 2000, pp. 797 ss.

⁴⁵ Art. 3 Ley Federal suiza de DIPr, art. 11 Código belga de DIPr, art. 565 Código procesal civil federal mexicano, art. 3136 Código civil de Québec, art. 2 Convención interamericana de 1984 sobre competencia indirecta (CIDIP III), art. 56(8) del Proyecto uruguayo de Ley de DIPr (2009), etc.

⁴⁶ Ver Tribunal Federal suizo, 1ª Sala Civil, de 15 de diciembre de 2005, y 2ª Sala Civil, de 22 de mayo de 2007; Corte Suprema de Canadá, de 22 de julio de 2005, *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, 2005 CSC 46 (CanLII); y V. RÉTORNAZ / B. VOLDERS, "Le for de nécessité: tableau comparatif et évolutif", *Rev. crit. DIP*, 2008, pp. 225 ss.

⁴⁷ *Cour de cassation, Soc.*, 10 de mayo de 2006, *Épx Moukarim v. Isopehi*, Juris-Data nº 2006-033408; *JCP*, 2006, pp. 1405 ss., nota BOLLÉE.

⁴⁸ Por esta razón algunos comentaristas expresaron cierta preocupación por la falta de atención en el caso a los criterios de competencia y a las normas de derecho aplicable ordinarias. Ahora bien, aunque uno siempre espera que los tribunales apliquen rigurosamente las normas de DIPr, entre la correcta aplicación de las normas de la Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y la solución a la vez pragmática y justa del tribunal, la preferencia por la segunda resulta inevitable.

⁴⁹ Sobre esta evolución, ver G. TEUBNER, "The Anonymous Matrix: Human Rights Violations by «Private» Transnational Actors", *Modern L. Rev.*, vol. 69, 2006, pp. 327 ss. Es preciso indicar que, a pesar de una nutrida jurisprudencia anterior, una reciente decisión de la Corte Federal del 2º Circuito (*Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, de 17 de septiembre de 2010, No. 06-4800-cv, 06-4876-cv), arroja serias dudas sobre el futuro de esta tendencia. En efecto, el Juez José Cabranes afirma en su voto mayoritario que, en aplicación del *Alien Tort Statute*, no existe una costumbre internacional que permita declarar responsable a una empresa (persona jurídica) por violación de los derechos humanos.

(ej. 3): Cabe subrayar la consolidación del aspecto procesal del orden público como una barrera contra los efectos de las decisiones extranjeras. El TJUE ha hecho buenas aplicaciones de esta excepción en casos en los cuales la decisión había sido tomada violando el derecho del demandado a ser oído⁵⁰. Los tribunales latinoamericanos parecen ir en la misma dirección⁵¹.

- En el ámbito de la cooperación de autoridades:

(ej. 4): En un período de tiempo muy corto la sustanciación de cuestiones de derecho privado en tribunales de derechos humanos se ha convertido en algo relativamente común. Esto es especialmente cierto respecto de diversos aspectos del derecho de familia⁵². De hecho, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es ahora un tribunal realmente especializado en materias tales como la restitución internacional de niños trasladados o retenidos ilícitamente por uno de sus progenitores⁵³.

B) Libertad, igualdad y dignidad de la persona

Una prueba adicional de la relevancia del rol actual de los derechos humanos es la dimensión que han alcanzado conceptos tales como libertad, igualdad y dignidad personal, situación que impacta de lleno en diferentes áreas del DIPr y, de un modo muy particular, en el derecho internacional de familia.

- El reconocimiento de diferentes modelos de familia:

Las concepciones tradicionales respecto a la familia han experimentado cambios fundamentales en las últimas décadas en varios países de diferentes latitudes⁵⁴. En la base de todos esos cambios está siempre la asunción de algo evidente: en muchas sociedades contemporáneas el modo de articular las relaciones de familia es muy variado. Hay, por tanto, un fuerte componente humanitario en la evolución del derecho de familia que tiene que ver esencialmente con el progresivo desarrollo del derecho a no ser discriminado por motivos sexuales. Es evidente que el movimiento feminista y la secularización de la vida social –junto con la ya mencionada movilidad y su impacto en la estabilidad de las familias– han jugado papeles relevantes para hacer posible esta evolución. El reconocimiento del

⁵⁰ TJCE, C-7/98, 28 de marzo de 2000, *Krombach*; C-394/07, 2 de abril de 2009, *Gambazzi*.

⁵¹ Tribunal Supremo de Justicia venezolano, Sala Político-Administrativa, 13 de junio de 2007, *Northstar Trade Finance v. Unopet*; Superior Tribunal de Justiça brasileiro, Tribunal especial, 1º de agosto de 2006, SEC 879 / US, 2005/0035096-5.

⁵² H. MUIR WATT, "Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé)", *Arch. phil. dr.*, vol. 45, 2001, pp. 271 ss.

⁵³ Ver A. ARONOVITZ, "May Private Claims be Advanced through the European Court of Human Rights? – A Study of Cross-Border Procedural Law Based on a Case of International Child Abduction", *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 37, 2007, pp. 165 ss. (con atención a la sentencia del TEDH, de 27 de Julio de 2006, App. 7198/04, *Iosub Caras v. Romania*); y, en general, P. BEAUMONT, "The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on the Hague Convention on International Child Abduction", *Recueil des Cours*, t. 335, 2008, pp. 9 ss.

⁵⁴ Esta tendencia ha sido especialmente destacable en Europa, Estados Unidos y Canadá, pero ha impactado en muchas partes del mundo.

matrimonio y de otras formas de uniones entre personas del mismo sexo⁵⁵, así como de los derechos de los transexuales, confirma la continuidad de una tendencia que ha servido para revitalizar las discusiones sobre la llamada "parte general" del DIPr (que, como es sabido, en realidad no es más que una parte pequeña del DIPr referida a los problemas de aplicación de la norma indirecta)⁵⁶.

(ej. 1): En España, además de la introducción del matrimonio homosexual por la Ley 13/2005 de reforma del Código civil, la Ley 3/2007 establece los requisitos para el cambio de sexo. Según el Preámbulo de esta Ley, España busca unirse a los demás países europeos que disponen de legislación específica ofreciendo seguridad jurídica a las personas transexuales con historia clínica apropiada. El Tribunal Supremo español ha seguido este enfoque comparativo⁵⁷. El art. 1 de la Ley 3/2007 señala que sólo los nacionales españoles con capacidad mental suficiente pueden demandar un cambio en el registro de su sexo, estableciendo así un elemento básico para la definición del orden público sobre la cuestión. Sin embargo, antes de la adopción de esta Ley, la jurisprudencia española protegía ya la transexualidad como una expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución española). As, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) –una especie de autoridad supervisora de las actividades relacionadas con los registros públicos de este país– decidió en 2005 que la ley de Costa Rica, que prohibía el cambio legal de sexo de un nacional costarricense en España, era contraria al orden público internacional español⁵⁸.

Con otros parámetros y características, algunos países de derecho musulmán también han hecho progresos en la reducción de la discriminación de la mujer⁵⁹. Sin embargo, esta modernización no parece ser suficiente para satisfacer los estándares europeos de protección de los derechos humanos⁶⁰.

- El auge de la autonomía de la voluntad:

⁵⁵ El matrimonio entre personas del mismo sexo está admitido en Argentina, Bélgica, Canadá, España, Holanda, Islandia, Noruega, Portugal, Sudáfrica, Suecia, en varios Estados norteamericanos y en el Distrito Federal de México.

⁵⁶ Ver K. BOELE-WOELKI (dir.), *Legal recognition of same-sex couples in Europe*, Antwerpen, Intersentia, 2003; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2004. En los Estados Unidos, el orden público interestatal y hasta la sacrosanta cláusula *full faith and credit* han sido puestas en entredicho dando lugar a peculiares respuestas legislativas estatales y federales ("*defense of marriage*" acts). Ver A. KOPPELMAN, *Same Sex, Different States: When Same-Sex Marriages Cross State Lines*, Ann Arbor, Sheridan, 2006.

⁵⁷ Tribunal Supremo, Sala Civil, 17 de septiembre de 2007 (haciendo un análisis comparativo de la legislación de países europeos, así como de la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos sobre esta materia).

⁵⁸ Resolución DGRN [3ª], de 24 de enero de 2005, *Rev. crit. DIP*, 2005, pp. 621 ss. y nota de SÁNCHEZ LORENZO. La DGRN también ha aplicado cierto reenvío *in favorem* en material de capacidad matrimonial, aceptando el reenvío al derecho español para apoyar el *ius connubii* de una pareja homosexual (ver, en general, Resolución-Circular DGRN, de 29 de julio de 2005, *Rev. crit. DIP*, 2005, pp. 855 ss. y nota de QUIÑONES ESCÁMEZ).

⁵⁹ Ver M.-C. FOLETS / M. LOUKILI, "Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille: quelles implications pour les Marocains en Europe?", *Rev. crit. DIP*, 2006, pp. 521 ss.

⁶⁰ La *Cour de Cassation* francesa, 1ª Sala Civil, adoptó el 4 de noviembre de 2009 dos decisiones relativas al Código de familia de Marruecos. En *Bouftila* la Corte rechazó el reconocimiento de un divorcio unilateral (repudiación) pronunciado en Marruecos sobre la base de la violación del orden público francés porque, aunque haya sido decidido bajo la supervisión de un tribunal como lo requiere el Código, sigue vulnerando el principio de igualdad. Sin embargo, en *Dahmouni*, la Corte anuló la decisión de la Corte de Apelaciones que no había tenido en cuenta el Código marroquí para decidir sobre las consecuencias pecuniarias del divorcio (la Corte de Apelaciones había hecho una aplicación apriorística del orden público).

El fundamento principal del crecimiento de la influencia de la autonomía de la voluntad en las materias comerciales⁶¹ ha sido el principio económico básico de eficiencia, aunque la libertad –como opuesta al control estatal– es también citada a menudo como justificación⁶². En cambio, en las cuestiones familiares, los argumentos parecen invertirse: las bases obvias son la libertad, la igualdad y la dignidad de la persona, si bien la extensión de la autonomía en este ámbito es exigida por evidentes razones prácticas⁶³ que provocan resultados más justos y eficientes. Esto es muy claro en temas tales como la ley aplicable al régimen económico del matrimonio pero no tendría que serlo menos en relación con la ley aplicable a los efectos del matrimonio o al divorcio.

4. Evolución del significado de los conceptos jurídicos tradicionales

Existen varias maneras –todas diferentes pero igualmente desafiantes– de estudiar tanto la aplicabilidad como la pertinencia de los conceptos jurídicos tradicionales en el derecho internacional general actual⁶⁴. En este ensayo, el único objetivo respecto de esta cuestión es mencionar sólo unos pocos ejemplos del DIPr de nuestros días que ponen en evidencia que, incluso si esos conceptos tienen todavía un papel a jugar, su significado no es y, en muchos casos, no puede seguir siendo el mismo que fue.

A) Soberanía

El alcance y el propio rol de la soberanía moderna es un tema que sigue preocupando a los internacionalistas. Temas como la integración económica, el peso de poderosas organizaciones multilaterales (en particular: la OMC, el BM, el FMI o los diferentes grupos “G”) y la aparición de otros actores en el teatro del derecho internacional muestran que hoy por hoy el poder de los Estados –esencialmente como producto de sus propias decisiones– ha disminuido⁶⁵. Tradicionalmente los Estados definen sus propios intereses y los mecanismos para desarrollarlos y protegerlos. En el marco del DIPr, los intereses de un Estado, típicamente de naturaleza “pública”, pueden expresarse por diversos medios y en diferentes tipos de normas: normas internacionalmente imperativas (o de policía), normas indirectas de derecho aplicable o normas de competencia judicial internacional penetradas

⁶¹ Que ha experimentado una nueva expresión universal con la adopción de la Convención de La Haya de 2005 sobre los acuerdos de elección de foro, un instrumento tan preocupado por el equilibrio que ha sido criticado por falta de audacia. Ver. C. KESSEJIAN, “La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l’élection de for”, *JDI*, 2006, pp. 813 ss.; B. AUDIT, “Observations sur la Convention de La Haye du 30 juin 2005 relative aux accords d’élection de for”, in: *Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 187-188.

⁶² E. JAYME, “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”, *Recueil des Cours*, t. 251, 1995, pp. 147-148.

⁶³ Ver *supra* notas 25-27 y texto al que acompañan.

⁶⁴ Ver, por ejemplo, R. DOMINGO OSLÉ, *¿Qué es el derecho global?*, 5ª ed. (1ª ed. paraguaya), Asunción, CEDEP, 2009, pp. 116 ss.

⁶⁵ J. VERHOEVEN, “Considérations sur ce qui est commun. Cours général de droit international public (2002)”, *Recueil des Cours*, t. 334, 2008, pp. 50-51 (señalando que la soberanía actual ya no permite el cumplimiento de los objetivos [nacionales] que la justificaban); P. MENGOZZI, “Private International Law and the WTO Law”, *Recueil des Cours*, t. 292, 2001, pp. 263-268; R. MICHAELS, “Welche Globalisierung für das Recht? Welches Recht für die Globalisierung?”, *RabelsZ*, 2005, pp. 540-542; W. SHAN / P. SIMONS / D. SINGH (dirs.), *Redefining Sovereignty in International Economic Law*, London, Hart, 2008.

por valores materiales, y normas de competencia judicial exclusivas y exorbitantes. La identificación concreta de tales intereses es muchas veces difícil y la mención de los mismos suele ser un simple truco para justificar la aplicación de la ley local o para asegurar la competencia de los jueces del foro⁶⁶. La jurisprudencia norteamericana sobre casos relativos a la responsabilidad por daños es tal vez el ejemplo más útil en este sentido⁶⁷. Al mismo tiempo, sin embargo, resulta obvio que, por diferentes razones, existe una tendencia de larga data según la cual los Estados van limitando el alcance de estas manifestaciones de soberanía dentro del DIPr, ya sea por "imposición" de sus compromisos internacionales o por voluntad unilateral.

(ej. 1): En relación con el ámbito del orden public, vale la pena mencionar: a) la destacada Declaración del Uruguay acerca del art. 5 de la Convención interamericana sobre normas generales de DIPr (CIDIP II, 1979), subrayando su carácter excepcional y restringiendo el ámbito de su intervención⁶⁸; b) la exigencia de una conexión con el foro, como en las decisiones de la *Cour de cassation* francesa de 2004 sobre la repudio⁶⁹; y c) la tendencia que va del orden público nacional al orden público transnacional (o supranacional), como sugiriera Pierre LALIVE hace varias décadas, especialmente en el ámbito del arbitraje⁷⁰.

(ej. 2): La decadencia de los foros de competencia exorbitantes, los cuales son cada vez más rechazados por la jurisprudencia así como por los legisladores⁷¹, como se pone de manifiesto en: a) sendos arts. 3 del Reglamento 44/2001 de la UE y de la Convención de Lugano de 1988/2007; b) el art. 18 del Anteproyecto de Convención de La Haya sobre competencia y reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras (1999); c) el §2 de los Principios ALI / UNIDROIT sobre el proceso civil transnacional (2004).

B) Territorialismo

La noción de territorialismo, sobre el cual se estructura un parte significativa del DIPr –en particular en lo que se refiere a la jurisdicción–, viene siendo reconsiderada últimamente. Uno no puede evitar darse cuenta de que el vínculo de algunas relaciones con el territorio no

⁶⁶ E. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions*, Paris, LGDJ, 1999.

⁶⁷ Ver la crónica anual de la jurisprudencia de DIPr de los Estados Unidos que publica S. SYMEONIDES en el *AJCL*. Ver también *id.*, "The American Choice-of-Law Revolution in the Courts: Today and Tomorrow", *Recueil des Cours*, t. 298, 2003, pp. 361-369.

⁶⁸ "A juicio de la República Oriental del Uruguay, la fórmula aprobada comporta una autorización excepcional a los distintos Estados Partes para que en forma no discrecional y fundada, declaren no aplicables los preceptos de la ley extranjera cuando éstos ofendan en forma concreta, grave y manifiesta, normas y principios esenciales de orden público en los que cada Estado asiente su individualidad jurídica. Ver, en la misma línea la decisión del Corte Suprema de Colombia, de 6 de abril de 2004, *Prodeco Productos de Colombia*. También hay manifestaciones en África. Así, en *Patel v. Bank of Baroda* [2001] 1 E.A. 189, una corte de Kenia aplica la "current public policy doctrine" (la ley había cambiado). Ver R.F. OPPONG, "A Decade of Private International Law in African Courts 1997-2007 (Part II)", *YBPIL*, vol. X, 2008, p. 373.

⁶⁹ Ver *supra* note 31.

⁷⁰ P. LALIVE, "Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international", *Rev. arb.*, 1986, pp. 326 ss., y "L'ordre public transnational et l'arbitre international", in: *Liber Fausto Pocar*, t. II, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 599 ss.; L. CHEDLY, *Arbitrage commercial international et ordre public transnational*, Tunis, Centre de publication universitaire, 2002; E. GAILLARD, *Teoría jurídica del arbitraje internacional*, trad., Asunción, La Ley / CEDEP / Thomson Reuters, 2010, pp. 69-70 ss. (citando la sentencia del Tribunal Federal suizo, de 8 de marzo de 2006, *Bull. ASA*, 2006, p. 529).

⁷¹ D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, "Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales", *Recueil des Cours*, t. 323, 2006, pp. 160-168.

es importante porque las mismas se desarrollan en un espacio virtual⁷². En consecuencia, típicos conceptos "territorialistas" como el domicilio, el lugar de celebración del contrato o de producción del daño pierden su utilidad tradicional en un gran número de casos⁷³. Incluso si se presta atención a relaciones que son totalmente creadas en el mundo real, el nivel elevado de internacionalidad que presentan, junto con el dato de que la soberanía está cada vez más compartida –ambas características típicas de este tiempo–, los dogmas tradicionales van siendo minados progresivamente⁷⁴.

(ej.): La creciente relevancia de la cooperación de autoridades como un componente esencial del DIPr está ofreciendo nuevos métodos para resolver conflictos internacionales como, por ejemplo, el modelo de cooperación judicial directa, implementado con éxito por la Conferencia de La Haya en materia de sustracción de menores y ahora tomado en cuenta en los primeros intentos para instalar el tema de la factibilidad de un instrumento global sobre información acerca del derecho extranjero⁷⁵.

C) Poder jurisdiccional

El impresionante éxito del arbitraje va de la mano con la tendencia universal a restringir la intervención judicial en el procedimiento arbitral⁷⁶. Es precisamente esta restricción lo que configura la tendencia principal en la reglamentación universal plasmada por UNCITRAL, como ha quedado reflejado en la Revisión de su Reglamento de arbitraje concluida en 2010. Varios Estados en el mundo entero están siguiendo esta línea, basados en el convencimiento de que limitar el poder de los tribunales de justicia es una de las maneras de crear un ambiente propicio ("*friendly*") para los negocios en general y para el negocio del arbitraje en sí mismo. Aún más notable es la tendencia a restringir la actividad judicial en materias tan sensibles como las inversiones extranjeras⁷⁷.

(ej. 1): Un ejemplo claro de legislación nacional dirigida a atraer arbitrajes puede mencionarse la Ley de arbitraje del Perú de 2008⁷⁸.

(ej. 2): La prueba de la renuncia del poder jurisdiccional del Estado en lo que respecta al derecho de las inversiones es la interacción de la Convención de Washington de 1965 (Convención del CIADI) y los tratados que le han dado vida a la misma, en particular los tratados bilaterales de protección de inversiones (TBI). Acaso el símbolo por excelencia de

⁷² B. GROSSFELD, "Global Accounting: Where Internet Meets Geography", *AJCL*, 2000, pp. 305-306.

⁷³ R. MICHAELS, "Territorial Jurisdiction after Territoriality", in: P.J. Slot / M. Bulterman (dirs.), *Globalisation and Jurisdiction*, Leiden, Kluwer Law International, 2004, pp. 105 ss. Que la situación es nueva pero no la idea se constata leyendo F.A. MANN, "The Doctrine of Jurisdiction in International Law", *Recueil des Cours*, t. 111, 1964, pp. 23-40.

⁷⁴ H.L. BUXBAUM, "Territory, Territoriality, and the Resolution of Jurisdictional Conflict", *AJCL*, 2009, pp. 631 ss.; G. CUNIBERTI, "Le principe de territorialité des voies d'exécution", *JDI*, 2008, pp. 963 ss.; L. D'AVOUT, "Que reste-t-il du principe de territorialité des faits juridiques? (une mise en perspective du système Rome II)", *Recueil Dalloz* 2009, pp. 1629 ss.; *id.*, (note 38) pp. 38 ss.

⁷⁵ Dos reuniones de expertos se celebraron en febrero de 2007 y en octubre de 2008. Ver Hague Conference Prel. Doc. No 11A, 11B, and 11C of March 2009. Para decir la verdad, los expertos han manifestado cierto temor acerca de esta posibilidad. Ver Prel. Doc. 21A of March 2007.

⁷⁶ Al mismo tiempo, no es sino una parte de un fenómeno más amplio: la privatización de las funciones de regulación de los Estados. Ver H. MUIR WATT, "Économie de la justice et arbitrage international (réflexions sur la gouvernance privée dans la globalisation)", *Rev. arb.*, 2008-3, pp. 389 ss.

⁷⁷ Ph. SANDS, *Lawless World. Making and Breaking Global Rules*, London, Penguin, 2006, pp. 117-142.

⁷⁸ F. CANTUARIAS SALAVERRY / R. CAIVANO, "La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad", *Revista Peruana de Arbitraje*, n° 7, 2008, pp. 3 ss.

esto es el art. 54 de la Convención del CIADI que elimina el exequátur para la ejecución de los laudos de los tribunales del CIADI⁷⁹.

Otros fenómenos, como la tendencia a cierta flexibilidad en la determinación de la competencia judicial y a la reducción del ámbito de acción del exequátur, dejan entrever un cierto salto desde el concepto de jurisdicción como "poder" al concepto de jurisdicción como "función"⁸⁰. Esta tendencia es fuente de contradicciones en la UE. En efecto, si por un lado pueden observarse la progresiva eliminación del control de la decisión extranjera en general y el tímido reconocimiento del *forum non conveniens* en el Reglamento de Bruselas 2bis en particular, por otro lado no deja de apreciarse la supervivencia de los foros de competencia exorbitantes y la incoherente jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo⁸¹. Sin embargo, la tendencia que va del carácter político al técnico en el control de las decisiones extranjeras es realmente universal. Con todas las consecuencias que ello implica⁸²

(ej. 3): En Brasil, desde que el (más "profesional") *Superior Tribunal de Justiça* asumiera la competencia in material de reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales extranjeras, competencia previamente ejercida por el (más bien "político") *Supremo Tribunal Federal*, la jurisprudencia ha acentuado su perfil favorable al reconocimiento⁸³.

III. Elementos del DIPr actual

Todos los ejemplos mencionados hasta ahora muestran que el DIPr actual presenta unas características bien diferentes a las que tenía algunos años atrás. Este nuevo perfil puede resumirse haciendo referencia a tres cuestiones básicas relativas al contenido, los autores y los métodos del DIPr.

1. ¿Qué es hoy el DIPr?

Dos tendencias principales se han desarrollado en las dos últimas décadas: el desplazamiento del eje principal del DIPr y la preocupación por la justicia material.

A) Declive del DIPr centrado en la determinación del derecho aplicable

La progresiva pérdida de interés en las cuestiones de derecho aplicable guarda una directa relación con el aumento exponencial de casos de DIPr o, en otras palabras, el paso del DIPr académico al DIPr "real"⁸⁴. Muchas razones explican este fenómeno. En primer lugar, la

⁷⁹ Sobre las reacciones de varios países latinoamericanos contra esta renuncia y sus consecuencias, ver E. GAILLARD, "Tendencias anti-arbitraje en América Latina", *DeCITA*, nº 9, 2008, pp. 311 ss.

⁸⁰ Salto sugerido por T. PFEIFFER hace unos quince años en *Internationale Zustandigkeit und prozessuale Gerechtigkeit*, Frankfurt, Klostermann, 1995, pp. 201-204.

⁸¹ D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (note 71), pp. 192-213.

⁸² Ver D. BUREAU / H. MUIR WATT, "L'impérativité désactivée? (à propos de Cass. civ. 1^a, 22 octobre 2008)", *Rev. crit. DIP*, 2009, pp. 1 ss.

⁸³ L. GAMA, "Metamorfose (do bem): teoria e prática da homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no Superior Tribunal de Justiça", *Rev. Direito Assoc. Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, t. XVII, 2006, pp. 133 ss.

⁸⁴ B. AUDIT, "Le droit international privé en quête d'universalité. Cours général (2001)", *Recueil des Cours*, t. 305, 2003, p. 478 ("la situation a changé du tout au tout avec le développement véritable des relations privées

observación de la evolución de la reglamentación relativa a las cuestiones de derecho aplicable durante las últimas décadas permite constatar que varias de las viejas soluciones divergentes respecto de la otrora llamada parte general del DIPr han dado lugar a otras soluciones más homogéneas y, en algunos casos, han sido parcialmente superadas por medio de la unificación, tanto material como conflictual. Así, una parte significativa (no todos) de los problemas causados por la discusión histórica entre la nacionalidad y el domicilio como puntos de conexión para las relaciones de carácter personal ha ido perdiendo peso con la generalización del recurso a la residencia habitual. Los esfuerzos de unificación o armonización material, como los de la Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías (1980) o los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (1994/2004), contribuyeron también a disminuir el impacto de las dificultades causadas por la utilización de puntos de conexión tales como el lugar de celebración o de ejecución de los contratos. Al mismo tiempo, muchas cuestiones que antes eran consideradas exclusivamente desde la perspectiva del derecho aplicable son ahora tratadas desde el ángulo y con la metodología de la cooperación de autoridades. La evolución del tratamiento de la protección de los menores por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado a través del último siglo constituye un ejemplo tan obvio como insoslayable.

Pero hay también motivos prácticos para esta modificación fundamental del DIPr. De un lado, los jueces todavía siguen aplicando la *lex fori* en un gran número de casos de DIPr, lo cual contribuye a disminuir la importancia de los aspectos de derecho aplicable de dichos casos. En no pocos ordenamientos jurídicos, esta actitud se basa en la consideración el derecho extranjero como un hecho que las partes deben invocar y probar. De otro lado, como muchos casos se limitan a (o se terminan con) la discusión de los aspectos concernientes a la competencia judicial, los jueces tienen más oportunidades para pronunciarse sobre esta materia. Finalmente, las cuestiones de reconocimiento y de cooperación de autoridades son frecuentemente presentadas y tratadas de manera autónoma, prácticamente desconectadas de cualquier preocupación por el derecho aplicable.

Todas estas razones justifican que la determinación del derecho aplicable ya no sea el corazón del DIPr (afirmación que es todavía más contundente si las cuestiones de derecho aplicable son concebidas en su vieja forma exclusivamente conflictual) y que la posición estelar sea ahora ocupada por los aspectos relativos al proceso y a la cooperación internacional, entre los cuales destaca por su importancia la determinación de la jurisdicción para decidir los casos de DIPr. Una parte sustancial de las discusiones del DIPr contemporáneo tienen que ver con la mejor forma de asignar los litigios privados internacionales entre los varios mecanismos de solución de controversias disponibles,

internationales au cours du XX^e siècle, jusqu'à mettre aujourd'hui au premier plan les questions liées à l'administration par les juridictions des États de la justice internationale de droit privé). Al mismo tiempo, otro fenómeno concomitante va tomando cuerpo. La creciente internacionalización lleva a profesores tradicionalmente devotos de su propio derecho a prestar atención a cuestiones internacionales. En otras palabras: como consecuencia de la internacionalización de las relaciones de derecho privado, el derecho privado "puro" va reduciendo su alcance respecto de los casos reales. En tal contexto, no es sorprendente que programas académicos en derecho comercial, civil o procesal incluyan ahora tópicos tales como los Principios UNIDROIT, sustracción internacional de menores o ejecución de sentencias extranjeras.

asegurando el derecho fundamental de acceso a la justicia en su dimensión privada internacional⁸⁵.

B) Materialización del DIPr

La "materialización" del DIPr⁸⁶ es generada por varias razones asociadas con algunos fenómenos típicos de la globalización. La misma afecta:

- no sólo materias comerciales;
- no sólo cuestiones relacionadas con la determinación del derecho aplicable; y,
- dentro del sector del derecho aplicable, no sólo se manifiesta a través de normas materiales sino también de conexiones materiales.

(ej.): En el proceso de codificación que desarrolla actualmente la CIDIP VII⁸⁷, la propuesta brasileña de una convención sobre el derecho aplicable a ciertas relaciones de consumo (que ha tomado forma de una propuesta conjunta de Brasil, Paraguay y Argentina) es un muy buen ejemplo de materialización⁸⁸. A primera vista, el instrumento puede parecer una clásica convención de "conflicto de leyes". De hecho su finalidad esencial es designar el derecho aplicable a cierto tipo de relaciones privadas internacionales. Sin embargo, un análisis más cuidadoso permite descubrir un producto que puede ser todo menos clásico, al menos en el contexto del derecho internacional del consumo⁸⁹. La clave del proyecto brasileño es una combinación entre una autonomía de la voluntad limitada, por un lado, y el principio de la ley más favorable al consumidor, por el otro⁹⁰. Concretamente, las partes pueden elegir la ley del domicilio del consumidor, del lugar de celebración del contrato, del lugar de cumplimiento o del domicilio o sede del proveedor. Para los consumidores pasivos (es decir, para los contratos y otras transacciones celebrados estando el consumidor en el país de su domicilio)⁹¹, la ley elegida debe aplicarse en la medida en que sea la más favorable para el consumidor, comparada con las otras leyes potencialmente aplicables. Si la

⁸⁵ Esta situación es clara no solo en la jurisprudencia sino que también se refleja en la agenda de las organizaciones internacionales de codificación como la Conferencia de La Haya. Incluso el mismo contenido de las normas nacionales de DIPr testimonia una significativa presencia de normas sobre aspectos procesales y de cooperación.

⁸⁶ Ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho internacional privado (una mirada actual sobre sus elementos esenciales)*, Córdoba, Advocatus, 1998, pp. 130-141.

⁸⁷ Ver *supra* nota 18 y texto al que acompaña.

⁸⁸ C. LIMA MARQUES, "Consumer Protection in Private International Law Rules: The Need for an Inter-American Convention on Law Applicable to Some Consumer Contracts and Consumer Transactions (CIDIP)", in: T. Bourgoignie (dir.), *Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation*, Québec, Yvon Blais, 2006, pp. 145 ss.

⁸⁹ Ver el panorama general actual de la reglamentación de esta materia en D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (dir.), (nota 18).

⁹⁰ Una opinión favorable a esta opción se encuentra en E. JAYME, *La vocation universelle du droit international privé – tendances actuelles*, discurso en ocasión de la inauguración del nuevo edificio de la Academia de La Haya de Derecho Internacional, 23 de enero de 2007. <www.vredespaleis.nl/shownews.asp?ac=view&nws_id=109>.

⁹¹ Sobre el diferente tratamiento de estas categorías en el DIPr europeo, ver P. LAGARDE, "Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne", in: *Etudes Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, pp. 511 ss., y A. SINAY-CYTERMANN, "La protection de la partie faible en droit international privé", in: *Mélanges Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 737 ss.

elección no es válida, la ley aplicable será la del domicilio del consumidor (para consumidores pasivos) o la ley del lugar de celebración (para consumidores activos).

2. ¿Quién elabora el DIPr?

A) Aumento y expansión de los actores privados

El método de elaboración de normas de DIPr (y, más generalmente, de todas las normas jurídicas) ha cambiado profundamente, sobre todo a raíz de la significativa transformación de los autores de tales normas⁹². En efecto, contrariamente a lo que pasaba hace algunas décadas, una parte sustancial de las normas de DIPr proviene hoy, ya sea directa o indirectamente de órganos internacionales de producción normativa. Así, más específicamente, por ejemplo, el poder legislativo de los Estados que forman parte del proceso de integración europeo ha sido reemplazado en una amplia medida (amplísima en el caso del DIPr) por el poder supranacional de una organización a la cual dichos Estados han cedido sus prerrogativas voluntariamente. Y esta organización no dirige sus actividades y decisiones sobre la base de criterios puramente jurídicos sino más bien de acuerdo con su propia lógica, íntimamente ligada a la libertad de mercado⁹³.

Un aspecto aun más interesante de esta constatación es el creciente rol que los actores privados van asumiendo tanto en la elaboración de las normas de DIPr (en todos los niveles, nacional, internacional, supranacional y, obviamente, transnacional) y en la aplicación de las mismas (en lo que viene a ser una suerte de privatización de la resolución de las controversias internacionales). La doctrina del DIP se ha ocupado de esta cuestión y, aunque el espectro de opiniones es muy amplio y heterogéneo, la mayoría parece permanecer inclinada al señalamiento del papel central –aunque no único– de los Estados, sobre todo en el proceso de elaboración normativa⁹⁴.

Tal vez eso sea cierto para cuestiones “puramente” públicas, si tal cosa existe. Fuera de esa zona ideal, en cambio, tal postura sólo mantiene algo de sentido si uno se sitúa en un plano más bien general y formalista. En el ámbito del derecho del comercio internacional *latu sensu* y del derecho de los negocios internacionales en particular, el rol desempeñado por los actores privados es totalmente obvio⁹⁵. En el seno de los grupos de trabajo de la UNCITRAL,

⁹² J. BASEDOW (nota 20), pp. 823-833; D. OPERTTI BADÁN (nota 20), pp. 20-25.

⁹³ E. JAYME (note 11), pp. 24-25 (“*L’état des personnes est traité, par les règles communautaires, comme une marchandise*”); H.U. JESSURUN D’OLIVEIRA, “The EU and a Methamorphosis of PIL”, in: *Essays Peter North*, Oxford, OUP, 2002, pp. 111 ss.; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “La Cour de justice des Communautés européennes et le non-droit international privé”, in: *Festschrift Erik Jayme*, t. I, München, Sellier, 2004, pp. 263 ss.

⁹⁴ Ver V. GOWLAND-DEBBAS, “Law-Making in a Globalized World”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, 2004/2005, pp. 505 ss.; W.M. REISMAN, “The Democratization of Contemporary International Law-Making Processes and the Differentiation of Their Application”, in: R. Wolfrum / V. Röben (dirs.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin *et al*, Springer, 2005, pp. 22-24; pero ver L. BOISSON DE CHAZOURNES, “Gouvernance et régulation au 21ème siècle: quelques propos iconoclastes”, in: L. Boisson de Chazournes / R. Mehdi (dirs.), *Une société internationale en mutation: quels acteurs pour une nouvelle gouvernance?*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 24-29.

⁹⁵ Ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “La multifacética privatización de la codificación del derecho comercial internacional”, in: J. Basedow / D.P. Fernández Arroyo / J.A. Moreno Rodríguez (dirs.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, Asunción, CEDEP, La Ley, Thomson Reuters, 2010, pp. 51 ss.; R. MICHAELS

por ejemplo, no sólo se da un activo rol de diferentes tipos de “observadores”; además de eso, una significativa proporción de los delegados de los Estados provienen también del sector privado. La actividad de los grupos privados de interés, bien conocidos en todo el mundo a nivel local⁹⁶, ha adquirido una cada vez mayor relevancia in la codificación internacional en estos tiempos de globalización.

B) Elaboración de reglas “universales” por legisladores nacionales

En muchos casos, la actividad de las organizaciones internacionales y supranacionales constituye un canal a través del cual se exportan algunos modelos jurídicos nacionales. Cada vez que eso pasa, un legislador nacional se convierte en legislador mundial. Ante esa situación, cabe hacerse, al menos, dos preguntas: ¿existe realmente un “modelo común” de DIPr?; ¿deberían existir límites o condiciones para la exportación de modelos jurídicos? Por supuesto, un buen uso del DC tiene mucho que hacer respecto de las dos preguntas⁹⁷.

Así, el discurso dominante en materia de garantías mobiliarias a lo largo de las últimas cuatro décadas consiste en la insistencia acerca de la factibilidad y conveniencia de extender mundialmente un régimen jurídico nacional; concretamente, el de los Estados Unidos⁹⁸. En consecuencia, las características esenciales de dicho modelo fueron reproducidas, punto por punto, por varias delegaciones (incluyendo, obviamente, la de los Estados Unidos) durante la elaboración de la Ley Modelo de la OEA y de la Guía Legislativa de la UNCITRAL. Como resultado, estos textos están ampliamente inspirados en las soluciones norteamericanas. Lo mismo se aplica a la Ley Modelo sobre la misma materia adoptada en 1993 por el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo. Todos ellos, y particularmente las dos leyes modelo, son “normas de exportación” de cierto modelo jurídico. De hecho, en el proceso de redacción de estas leyes no hubo ningún intento para unificar o armonizar las diferentes soluciones en presencia sino más bien una deliberada decisión –de algunos Estados, apoyada por instituciones financieras internacionales– de difundir un modelo que ha funcionado exitosamente bajo particulares condiciones económicas y culturales. El resultado de este tipo de trasplante jurídico no es necesariamente malo –incluso podría llegar a ser francamente bueno– si bien algunas preguntas relativas la neutralidad de las organizaciones internacionales de codificación permanecen sin respuesta.

(nota 65), pp. 536 ss. Ver también E. LOQUIN / L. RAVILLON, “La volonté des opérateurs vecteur d’un droit mondialisé”, in: E. Loquin / C. Kessedjian (dirs.), *La mondialisation du droit*, Dijon, Litec, 2000, pp. 91 ss.

⁹⁶ Ver J. LAPOUSTERLE, *L’influence des groupes de pression sur l’élaboration des normes*, Paris, LGDJ, 2009.

⁹⁷ H. XANTHAKI, “Legal Transplants in Legislation: Defusing the Trap”, *ICLQ*, 2008, pp. 659 ss.

⁹⁸ Ver R.C.C. CUMING, “The Internationalization of Secured Financing Law: The Spreading Influence of the Concepts UCC, Article 9 and its Progeny”, in: *Essays Roy Goode*, Oxford, OUP, 1997, pp. 499 ss.; R. GOODE, “Harmonised Modernisation of the Law Governing Secured Transactions: General-Sectorial, Global-Regional – An Overview”, *Unif. L. Rev.*, 2003, pp. 341 ss.; A.M. GARRO, “Harmonization of Personal Property Security Law: National, Regional and Global Initiatives”, *Unif. L. Rev.*, 2003, pp. 357 ss.

3. ¿Cómo se elabora el DIPr?

A) "Residualización" del DIPr nacional

La progresión de la globalización fue provocando una extraordinaria relevancia de la codificación internacional del DIPr respecto de las reglas nacionales. Diversas operaciones jurídicas contribuyeron para eso. Algunas tienen un impacto general en los ordenamientos jurídicos, como son las reformas constitucionales estableciendo algún tipo de monismo. Otras consisten en el uso de herramientas de técnica jurídica para producir la primacía de textos internacionales específicos sobre las normas nacionales. Una de estas herramientas es la proliferación de convenciones internacionales de alcance o aplicación "universal"⁹⁹. Al mismo tiempo, la configuración de un sistema de DIPr supranacional, como el DIPr que se está construyendo a paso de ganso en la UE, implica que el DIPr de los Estados miembros del ente supranacional se vaya volviendo residual, en particular si, como en la UE, la dimensión *ad extra* de la competencia legislativa de los órganos comunitarios no para de expandirse¹⁰⁰. Algunos funcionarios gubernamentales, así como conocidos académicos parecen a menudo sorprendidos por las dificultades que los mecanismos nacionales tradicionales encuentran en sus intentos desesperados por sobrevivir en el contexto de un derecho supranacional tan expansivo¹⁰¹. La misma UE reconoce que su competencia para legislar en materia de DIPr está sujeta a evolución¹⁰² y, ciertamente, a pesar de la fuerza de la "europeización" en este ámbito, el DIPr europeo todavía muestra agujeros en su camino hacia la total uniformidad¹⁰³.

En América Latina, la Convención interamericana de normas generales de DIPr de 1979¹⁰⁴ ha ayudado a generalizar una especie de "monismo de DIPr" incluso en Estados tradicionalmente reacios a la aplicación del derecho internacional. La simple noción de su art. 1, en función del cual las normas internacionales de DIPr deben prevalecer sobre las nacionales¹⁰⁵, ha mostrado su gran utilidad incluso en el particular ámbito de aplicación del DIPr mercosureño. Así, en una interesante opinión consultiva adoptada por el Tribunal

⁹⁹ Ver, recientemente, la sentencia de la *Cour de cassation* francesa, 1ª Sala Civil, de 12 de noviembre de 2009, *Bitar Saddeki* (mostrando que la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a los regímenes patrimoniales del matrimonio se aplica a muchos casos a pesar de estar en vigor sólo en tres Estados).

¹⁰⁰ Ver, en particular, la Opinión 1/03 del TJCE, de 7 de febrero de 2006 (sobre la revisión de la Convención de Lugano sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución), y los Reglamentos 662/2009 y 664/2009 que establecen procedimientos para la negociación y la conclusión de acuerdos entre Estados miembros y terceros Estados en materia de DIPr.

¹⁰¹ HARTLEY T.C., "The European Union and the Systematic Dismantling of the Common Law of Conflict of Laws", *ICLQ*, 2005, pp. 813 ss.; A. BRIGGS, *The Conflict of Laws*, 2ª ed., Oxford, Clarendon, 2008, pp. 33-35.

¹⁰² Ver la *Declaration lodged by the European Community under the Cape Town Convention at the time of the deposit of its instrument of accession in respect thereof*, donde se lee: "The exercise of the competence which the Member States have transferred to the Community pursuant to the Treaty establishing the European Community is, by its nature, liable to continuous development".

¹⁰³ A. BORRÁS, "La falta de unificación del ámbito de aplicación del derecho internacional privado comunitario", in: *Homenaje a Victoria Abellán Honrubia*, t. II., Madrid *et al*, Bosch, 2009, pp. 853 ss. Para un ejemplo concreto ver G. GARRIGA, "Relationships between «Rome II» and Other International Instruments. A Commentary on Article 28 of the Rome II Regulation", *YBPIL*, vol. IX, 2007, p. 143.

¹⁰⁴ Ver T.B. DE MAEKELT, "General Rules of Private International Law in the Americas", *Recueil des Cours*, t. 177, 1982, pp. 193 ss.

¹⁰⁵ Art. 1: "La determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con derecho extranjero, se sujetará a lo establecido en esta Convención y demás convenciones internacionales suscritas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados parte. En defecto de norma internacional, los Estados parte aplicarán las reglas de conflicto de su derecho interno".

Permanente de Revisión del MERCOSUR¹⁰⁶ respecto de la aplicación del Protocolo de Buenos Aires de 1994 sobre jurisdicción en material contractual, el argumento jurídico conclusivo para decidir que la elección del foro hecha por las partes (de acuerdo con el art. 5 del citado Protocolo) debía respetarse, estuvo basado en la regla mencionada de la Convención interamericana de normas generales que establece la primacía de las normas internacionales¹⁰⁷. De este modo, la aplicabilidad de las normas de DIPr del MERCOSUR es asegurada por una simple norma interamericana sin tomar en cuenta las dificultades de las autoridades mercosureñas para terminar de decidir el carácter (supranacional o intergubernamental) del ordenamiento jurídico de dicho bloque de integración.

B) *Soft law* y reglas abiertas

Otros datos importantes sobre cómo el DIPr se elabora actualmente se relacionan con la proliferación de normas de *soft law* y de reglas que bien pueden caracterizarse como de textura abiertas. Entre esos datos, cabe mencionar los siguientes:

- Un DIPr "blando" (basado en leyes modelo, guías legislativas, principios, etc.) que es el resultado de la decisión deliberada de los centros de codificación internacional de procurar una amplia armonización internacional del DIPr del modo más aceptable posible;
- Un DIPr *à la carte* (basado en la autonomía de la voluntad y en la proliferación de cláusulas *opting in* y *opting out*), configurado en dos niveles: uno "individual" –relativo a las relaciones privadas internacionales específicas– y otro "general" –cuyas expresiones más notables son la formación de un orden jurídico transnacional con sus propias reglas y metodología, por un lado¹⁰⁸, y sus propios mecanismos de resolución de litigios, por el otro¹⁰⁹;
- Un DIPr judicial (basado en reglas de textura abierta, comparación de resultados, cláusulas de excepción, etc.), que implica una reacción contra los resultados indeseables de la rigidez de la metodología clásica.

¹⁰⁶ Aunque este tribunal fue modelado en referencia al órgano de apelación de la OMC, tiene también el poder de adoptar "opiniones consultivas" a requerimiento de las más altas instancias judiciales de los Estados del MERCOSUR, relativas a la interpretación del derecho mercosureño. Sorprendentemente, esas opiniones no son vinculantes.

¹⁰⁷ D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, "Forum Selection Clauses within the Mercosouthern Law: the Hard Implementation of an Accepted Rule", *Unif. L. Rev.*, 2008, pp. 873 ss.

¹⁰⁸ Ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, "El derecho internacional privado en el inicio del siglo XXI", in: *Estudos em homenagem a Erik Jayme*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, pp. 115-117. Una aplicación reciente puede encontrarse en R. MICHAELS, "Umdenken für die UNIDROIT-Prinzipien. Vom Rechtswahlstatut zum Allgemeinen Teil des transnationalen Vertragsrecht", *RabelsZ*, 2009, pp. 866 ss. El nivel "general" de este movimiento es tan punzante que, según algunas opiniones (y algo paradójicamente por cierto), habría incluso un proceso de "constitucionalización" del derecho transnacional. Ver M. RENNER, "Towards a Hierarchy of Norms in Transnational Law?", *JIA*, 2009, pp. 533 ss. Pero ver también S. SYMEONIDES, "Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: The *Lex Mercatoria* that isn't", in: *Essays Konstantinos D. Kerameus*, Athens, Sakkoulas, 2009, pp. 1397 ss.

¹⁰⁹ E. GAILLARD (nota 70), pp. 42-75; G. KAUFMANN-KOHLER G., "La codificación y la normatividad del *soft law* en el arbitraje internacional", in: J. Basedow / D.P. Fernández Arroyo / J.A. Moreno Rodríguez (dirs.) (nota 95), pp. 107 ss.

IV. La búsqueda de un paradigma comparativo contemporáneo para el DIPr actual

Hay un modo tradicional de tratar las relaciones entre el DIPr y el DC que consiste básicamente en explicar la utilidad del DC para el DIPr, siendo éste concebido en base nacional y ocupándose sobre todo de los aspectos relativos a la determinación del derecho aplicable. Este es el tipo de discurso que puede encontrarse más fácilmente en los trabajos académicos, los cuales suelen referirse, con unas u otras palabras, a la "contribución" del DC al DIPr. Esta visión tradicional continúa siendo útil y necesaria en varios sentidos; por supuesto, la misma es mucho más recomendable que el "juego parroquial" denunciado con insistencia por Friedrich K. JUENGER¹¹⁰. El problema es que tal visión tradicional no es ni completa ni adecuada a este tiempo. En consecuencia, resulta necesario ir hacia una concepción del uso del método comparativo que esté más en sintonía con la realidad actual del DIPr.

Para ocuparse de este "nuevo" DIPr que describimos más arriba, la enseñanza del DC puede adoptar diferentes actitudes, relacionadas con la obvia diferencia sugerida por René DAVID unos treinta años atrás, la cual confronta enseñanza *γ*DC con enseñanza *de*/DC¹¹¹. En el ámbito del DIPr, la última ha prevalecido clarísimamente. En efecto, desde el origen mismo del DIPr clásico, los autores interesados en el DC aprendían y escribían prestando atención a lo que sucedía más allá de las fronteras de sus propios países. Dicha actitud sirvió –y todavía sirve– para brindar una mejor comprensión del DIPr en general, así como para, al menos indirectamente, mejorar en general los respectivos sistemas de DIPr y su capacidad para alcanzar mejores soluciones para los casos concretos. No obstante, la mayoría de los autores que hoy mantienen esa "sensibilidad comparativa" siguen particularmente centrados en sus propios sistemas de DIPr. De hecho, la mayoría de los manuales más destacados de DIPr a nivel mundial siguen siendo auténticos productos nacionales que prestan atención casi exclusivamente (o sin el casi) a la doctrina y a la jurisprudencia nacionales. La enseñanza del DIPr de la UE por los profesores europeos no significa un cambio en tal actitud, en la medida en que el DIPr de la UE es, ni más ni menos, la parte más importante del DIPr de cada uno de los Estados miembros. La propuesta de este artículo es totalmente diferente y tiene que ver con la segunda opción de René DAVID: debe propugnarse una generalización de la enseñanza del DIPr comparado, lo que exige previamente un modo "no nacional" de pensar el DIPr. Obviamente, no se trata de una idea nueva. Ernst RABEL, brillante innovador de los estudios comparativos¹¹² y consagrado autor de DIPr, no sólo concibió la idea sino que la implementó hace más de medio siglo¹¹³. Después de él, otros

¹¹⁰ F.K. JUENGER, "The Need for a Comparative Approach to Choice-of-Law Problems", *Tul. L. Rev.*, vol. 73, 1999, pp. 1326-1327; M. REIMANN, "Parochialism in American Conflicts of Laws", *AJCL*, 2001, pp. 369 ss. Ver también E. JAYME (note 62), p. 128; A.T. VON MEHREN, "The Contribution of Comparative Law to the Theory and Practice of Private International Law", *AJCL*, 1977-1978, pp. 38-39; cf. Y. LOUSSOUARN, "La méthode comparative en droit international privé", in: *General Reports to the 10th International Congress of Comparative Law*, Budapest, Kiadó, 1981, p. 129 ("toute solution satisfaisante procède d'un esprit d'ouverture vers les autres pays intéressés").

¹¹¹ R. DAVID, "Enseignement et droit comparé", in: *id.*, *Le droit comparé: droit d'hier, droits de demain*, Paris, Economica, 1982, pp. 62 ss. Ver también H.P. GLENN, "Teaching Comparative Law and Teaching Law Comparatively", in: *Mélanges Maksymiliana Pazdana*, Krakow, Kantor Aakamycze, 2005, pp. 951 ss.

¹¹² Ver E. RABEL, "Das Problem der Qualifikation", *RabelsZ*, 1931, pp. 241 ss. Ver también K. ZWEIFERT, "Die dritte Schule im internationalen Privatrecht", in: *Festschrift für Leo Raape*, Hamburg, Ipsen, 1948, pp. 35 ss.

¹¹³ E. RABEL, *The Conflict of Laws: A Comparative Study*, Ann Arbor, University of Michigan, 1958-1964.

comparatistas del DIPr han navegado por las mismas aguas¹¹⁴. Lo que es diferente ahora no es la idea sino el objeto al cual la misma debe ser aplicada: el DIPr.

1. DIPr y DC (visión tradicional)

La visión tradicional consiste en tomar el DC como un asistente del DIPr y, en un sentido general, del propio DIPr nacional. La mayoría de los cursos universitarios y de los autores de DIPr siguen particularmente preocupados por el DIPr local, manteniendo viva la vieja idea (presente en muchos libros clásicos de DIPr) según la cual el DIPr es internacional por las relaciones de las que se ocupa pero "nacional por sus fuentes. En la UE, la fuerza de la llamada comunitarización del DIPr obliga a los profesores de la materia a comprender la relatividad de sus propios sistemas nacionales. En realidad, como antes mencioné, el DIPr estatal está adquiriendo a marchas forzadas un carácter residual en el marco de la UE. Y desgraciadamente muchos autores, incluyendo algunos de los que tienen una mentalidad más abierta, han reemplazado su viejo nacionalismo por un más amplio y realista –pero no necesariamente mejor– eurocentrismo¹¹⁵.

De acuerdo al enfoque comparativo clásico del DIPr, el uso del método comparativo se concentra especialmente en la enseñanza, la elaboración y la aplicación del DIPr¹¹⁶. Varios ejemplos pueden mencionarse sobre cada una de esas actividades.

A) Comparación de sistemas de DIPr

La comparación realizada por los autores del DIPr se ha referido en muchos casos a cuestiones más bien generales.

- En el sector del derecho aplicable: el "conflicto de leyes" es el campo de juego más tradicional de los estudios comparativos. En los años que siguieron a la llamada revolución conflictual norteamericana muchos especialistas europeos se vieron atraídos por la comparación entre las "nuevas" soluciones y las que se habían ido gestando en Europa, interesándose por temas tales como las opciones entre normas rígidas y flexibles, reglas o enfoques, etc.¹¹⁷. Aquellos esfuerzos comparativos parecen viejos hoy¹¹⁸. Sin embargo, la

¹¹⁴ H. BATIFFOL, "Les rapports du droit comparé au droit international privé", *RIDC*, 1970, pp. 661 ss.; K. LIPSTEIN (dir.), *Private International Law* (vol. III), in: U. Drobnič (dir.) *Int. Enc. Comp. L.*, 1971 *et seq.*; T.B. DE MAEKELT, "Reflexiones sobre derecho comparado", in: *Libro homenaje Joaquín Sánchez Covisa*, Caracas, Sucre, 1975, pp. 217 ss.; A.T. VON MEHREN (nota 110) pp. 31 ss.; S. SYMEONIDES (dir.), *Private international law at the end of the 20th century: progress or regress?*, The Hague *et al*, Kluwer Law International, 2000.

¹¹⁵ No se trata sólo de una cuestión académica sino sobre todo de una cuestión institucional de funcionarios europeos (ver E. JAYME / C. KOHLER, "Europäisches Kollisionsrecht 2006: Eurozentrismus ohne Kodifikationsidee?", *IPRax*, 2006, pp. 537-539). Ver, sin embargo, sobre los "old (bad) habits and new (silly) treats" del DC, B. MARKESINIS (*in cooperation with* FEDTKE J.), *Engaging with Foreign Law*, Oxford, Hart, 2009, pp. 45 ss.

¹¹⁶ M. REIMANN, "Comparative Law and Private International Law", in: M. Reimann / R. Zimmermann (dirs.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, OUP, 2006, pp. 1363 ss., habla, respectivamente, de DC como método de estudio, como base y como herramienta.

¹¹⁷ Ver, entre muchos otros, E. VITTA *et al.*, *AJCL*, 1982, pp. 1 ss., y B. AUDIT, "Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la «crise» des conflits de lois)", *Recueil des Cours*, t. 186, 1984-III, pp. 219 ss.

¹¹⁸ Ver, en un sentido más amplio, R. MICHAELS, "After de Revolution – Decline and Return of U.S. Conflict of Laws", *YBPIL*, vol. XI, 2009, pp. 10 ss.

comparación entre los resultados del uso de la metodología sustancial o conflictual respecto de una materia concreta (micro-comparación) sigue ocupando un lugar relevante en las discusiones relativas a la determinación del derecho aplicable.

- En el sector de la competencia judicial internacional: respecto de este tema existe una comparación primaria con diversas variaciones. Se trata de la confrontación entre las bases de jurisdicción rígidas (imperativas) y flexibles; en otras palabras, de los enfoques "romano-germánico" y de *common law* de la jurisdicción¹¹⁹.

B) Elaboración de normas de DIPr

El método comparativo es inevitable en los ensayos relativos a la elaboración del derecho. Lo mismo puede decirse de la elaboración jurídica en sí misma considerada. Cualquiera sea el nivel de cada trabajo legislativo concreto (nacional, internacional o supranacional) el DC siempre jugará un papel esencial. Incluso aunque los legisladores puedan no darse cuenta. Además, en la codificación internacional, la utilización del DC también permite la creación de soluciones estándares y de cuerpos completos de reglamentación, tanto de *hard law* como de *soft law*. Convenciones, leyes modelo, guías legislativas, principios, etc., incluyendo los textos menos exitosos, se convierten con frecuencia en el *status questionis* de la materia respectiva o, al menos, es así como son generalmente considerados.

Un ejemplo contundente de ello, en el marco del arbitraje, es la combinación de la Convención de Nueva York de 1958, la Ley Modelo de la UNCITRAL de 1985/2006 y el Reglamento de la UNCITRAL de 1976/2010. Los tres textos han sido básicamente elaborados bajo premisas comparativas y, habiendo alcanzado el rango de estándares, ninguna regla de arbitraje es adoptada en el mundo sin prestarles atención. Los Principios del UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales parecen estar alcanzando un nivel similar¹²⁰.

C) Interpretación y aplicación del DIPr

La lista de ejemplos de posible uso del método comparativo en la resolución de relaciones privadas internacionales reales es larguísima. Para mencionar sólo algunos de los más evidentes, puede hacerse referencia a: *a*) en general, la aplicación de la excepción de orden público para rechazar la aplicación del derecho extranjero o el reconocimiento de una decisión foránea; y *b*) en particular, la aplicación de algunas normas indirectas de derecho aplicable orientadas materialmente (no neutrales)¹²¹ como las contenidas en los artículos 6 y 7 de la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias¹²².

¹¹⁹ Ver *infra* notas 141-143.

¹²⁰ R. MICHAELS (nota 108), pp. 885-887.

¹²¹ Ver F.K. JUENGER (nota 2), p. 210 ("Puede sostenerse que las normas de referencia alternativa, que favorecen abiertamente un resultado sustantivo predeterminado, se ajustan mejor al espíritu de la cooperación internacional").

¹²² Art. 6: "Las obligaciones alimentarias, así como las calidades de acreedor y de deudor de alimentos, se regularán por aquel de los siguientes órdenes jurídicos que, a juicio de la autoridad competente, resultare más favorable al interés del acreedor:

2. El DIPr frente a la globalización y la integración regional (visión contemporánea)

A) Necesidad de un enfoque complementario

Como antes mencionara, el uso tradicional del método comparativo continuará siendo útil para enseñar, elaborar y aplicar el DIPr. La utilidad, sin embargo, no es suficiente. Es a todas luces necesario tomar en cuenta que los fenómenos actuales están demandando un enfoque complementario para el DC¹²³, algo que los comparatistas más destacados han señalado ya¹²⁴. Las principales consideraciones que necesitamos tener en mente en esta empresa son, de entrada, la transferencia de la competencia legislativa desde los Estados hacia las organizaciones internacionales y supranacionales y, seguidamente, la transferencia de una parte muy considerable de la reglamentación jurídica y de la resolución de controversias desde el ámbito público hacia actores privados. Deberíamos estar atentos a la evolución de estas tendencias para poder contribuir a una mejor comprensión del DIPr y para mejorar la calidad de la resolución de los litigios privados internacionales.

La integración económica y la codificación internacional del derecho ejercen un impacto muy fuerte en los ordenamientos jurídicos nacionales. Esto es obviamente cierto en el marco supranacional de la UE, evidenciado por el bien conocido fenómeno de europeización del derecho y sus efectos colaterales como la incorporación de la UE a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado¹²⁵. Sorprendentemente o no, es diferente pero no menos cierto lo que está sucediendo en otras esquinas del mundo, a pesar de la ausencia de una auténtica estructura supranacional. Así, más de quince años de vigencia del TLCAN han provocado una llamativa norteamericanización (en referencia a los Estados Unidos) del derecho mexicano¹²⁶. No darse cuenta de esta evolución y no tomarla seriamente en toda su dimensión, impide la comprensión de los ordenamientos jurídicos implicados y, en consecuencia, su correcta consideración, tanto en lo que se refiere a los procesos de elaboración normativa como a la resolución de los casos de la realidad.

Una vez más un ejemplo puede ilustrar estas afirmaciones: uno de los temas del Congreso cuatrienal de la Academia Internacional de DC que se celebró en Washington, DC, en julio de 2010, era el de la protección de los consumidores en las relaciones privadas internacionales, es decir, el DIPr de las relaciones de consumo. La metodología de estos

a. El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor;

b. El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor”.

¹²³ En concreto, no se trataría de propugnar un cambio –menos aún una revolución– del enfoque tradicional sino simplemente de una más amplia y dinámica implementación del mismo. Después de todo, según un gran comparatista, las tradiciones ya no son lo que eran. Ver H.P. GLENN, *Legal Traditions of the World – Sustainable Diversity in Law*, 3ª ed., Oxford, OUP, 2007, pp. 22 ss. (refiriéndose a “the changing presence of the past”).

¹²⁴ G.A. BERMANN, “Le droit comparé et le droit international: alliés ou ennemis?”, *RIDC*, 2003, pp. 527-529; M. REIMANN (nota 116) pp. 1388 ss.

¹²⁵ A. SCHULZ, “The Accession of the European Community to The Hague Conference on Private International Law”, *ICLQ*, 2007, pp. 939 ss.

¹²⁶ Ver la temprana contribución de S. ZAMORA, “The Americanization of Mexican Law: Non-Trade Issues in the North American Free Trade Agreement”, *Law and Policy in International Business*, vol. 24, 1993, pp. 391 ss. Ver también H.P. GLENN, “Conciliation of Laws in the NAFTA Countries”, *Louisiana L. Rev.*, vol. 60, 2000, pp. 1103 ss. Por cierto, es interesante que G.A. BERMANN (note 124) diga que el TLCAN (NAFTA) no contempla los intereses e los Estados partes de un modo equilibrado porque fue concebido sobre fundamentos de derecho internacional sin añadirle una perspectiva de DC (p. 527).

congresos consiste en la designación de una persona por cada tópico la cual debe redactar un informe general sobre la base de los informes preparados por relatores nacionales. Es evidente que los relatores nacionales de Estados miembros de la UE no tenían mucha materia "nacional" para comunicar al relator general sobre el tema, desde que tanto el derecho sustantivo como el DIPr en materia de protección de los consumidores son básicamente europeos. Si se mira a América, se constata fácilmente que los países latinoamericanos carecen de normas especiales de DIPr sobre la materia y de mecanismos particulares relativos a la protección internacional de los consumidores. Sin embargo, la CIDIP está trabajando actualmente sobre este tema y tiene varios proyectos sobre la mesa. En el nivel "universal" la Conferencia de La Haya, y en el regional el MERCOSUR también han trabajado en el DIPr de las relaciones de consumo. Resulta claro, entonces, que cualquier relator general que quisiera brindar un panorama realista y conducir un trabajo comparativo solvente, necesitaba una combinación de informes nacionales, internacionales y supranacionales, asumiendo que muchos relatores nacionales no tenían muchas cosas originales para contar¹²⁷.

Incluso si uno quisiera mantenerse anclado en el enfoque clásico, un análisis innovador suele ser reclamado cuando se tratan conceptos tradicionales de DIPr. Por ejemplo, en la UE, siempre que la excepción de orden público es aplicada, se está hablando de un "doble" orden público, el del Estado miembro y el de la UE¹²⁸; el último incluye, llegado el caso, los instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular la Convención europea de 1950 (que es extra o supra UE)¹²⁹.

B) Optimizar la cooperación internacional como finalidad esencial del DC

Además de todo lo dicho hasta ahora, el enfoque clásico era suficiente desde una perspectiva puramente académica del DIPr. Ahora bien, el crecimiento exponencial de los casos de DIPr (asuntos comerciales, económicos, sociales y culturales que hacen que el DIPr se haya vuelto "real") y los cambios fundamentales que antes se indicaron no pueden dejar de tener un impacto en el uso del método comparativo en el ámbito del DIPr. Un modo de mostrar la evidencia de tal impacto sería aceptar que la finalidad principal del DC en el DIPr debería ser mejorar la cooperación internacional en el sentido más amplio de la expresión, en lugar de otras como la tan invocada búsqueda de soluciones universalmente uniformes. Hace algunos años un conocido comparatista se preguntaba si el DC y el derecho internacional eran "aliados" o "enemigos"¹³⁰. La respuesta era obvia: sólo puede hablarse de "enemigos" si se participa de la idea de que el único objetivo relevante del DC es alcanzar la

¹²⁷ Para juzgar el resultado puede verse D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (dir.) (nota 18).

¹²⁸ Ver TJCE, C-126/97, 1 de junio de 1999, *Eco Swiss*, sobre todo párrafos 39 y 41. Ver J. BASEDOW, "Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence", in: *Mélanges Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 55 ss. De hecho, el orden público de la UE parece ir desplazando al de los Estados miembros. Ver la preocupación al respecto de T. STRUYCKEN, "L'ordre public de la Communauté européenne", in: *Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 624 ss.

¹²⁹ Recordada recientemente por el TJCE en *Gambazzi* (*supra* nota 50), párrafo 28. Ver además el nuevo art. 6 del Tratado de la UE, en vigor desde el 1º de diciembre de 2009.

¹³⁰ G.A. BERMANN (note 124), pp. 519 ss. (y la respuesta de de B. FAUVERQUE-COSSON, *RIDC*, 2003, pp. 530 ss.; ver también *supra* nota 1).

unificación del derecho¹³¹. La consecuencia de esta idea en nuestro ámbito sería que la unificación del derecho material significaría el fin de la razón de ser del DIPr. Hay que decirlo sin ambages: ambas premisas son falsas.

En primer lugar, la unificación no sólo no puede ser el único objetivo del DC sino que ella misma es siempre limitada. En segundo lugar, sólo una concepción del DIPr absolutamente fuera de época puede llevar a pensar que la unificación del derecho material llegaría a eliminar la *raison d'être* del DIPr. Por el contrario, es evidente que: a) el DIPr no está, desde hace mucho, confinado dentro de los estrechos límites del "conflicto de leyes"; y b) la determinación del derecho aplicable a una concreta relación jurídica puede ser hecha de varias formas, diferentes a la de las clásicas normas de conflicto. Desde esta perspectiva el derecho sustantivo uniforme y el derecho armonizado son también parte del DIPr en la medida en que ellos expresan modos específicos de reglamentar las relaciones privadas internacionales. En tercer lugar, incluso si se quisiera mantener una actitud fiel a un DIPr que ya no existe más, es claro que ha habido un progreso significativo en la unificación o armonización material de ciertas áreas del derecho, a pesar que hasta el feliz advenimiento de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, tales avances habían llegado muy poco más allá de algunos aspectos muy concretos de algunas materias específicas, como la responsabilidad en materia de transporte o algunos contratos comerciales. Incluso en el contexto de estas materias más de una vez sigue siendo necesario recurrir a algunas normas y principios del DIPr clásico. Por ejemplo, en relación con los contratos comerciales internacionales, encontramos, la exitosa combinación entre la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y los Principios UNIDROIT en lo que se refiere al derecho aplicable, y una vasta armonización inspirada en los trabajos de la UNCITRAL en todo lo referido a la resolución de los litigios contractuales a través del arbitraje. Sin embargo, queda un considerable espacio para la aplicación de normas indirectas de derecho, mientras que la imperiosa necesidad de normas de competencia judicial permanece firme¹³². Incluso en el restringido ámbito de la UE, donde el derecho ha conseguido un alto grado de unificación y las instituciones supranacionales (incluida el Tribunal de Justicia europeo) son reacias a las diferencias, la diversidad sigue siendo importante y el método comparativo es todavía de gran necesidad.

Si se asume que unificación no es ni puede ser el objetivo principal del DC en el campo del DIPr, la atención debe dirigirse entonces hacia la optimización de la cooperación internacional. La cooperación, en efecto, además de ser un sector autónomo del DIPr con sus propias reglas y principios¹³³ influye todo el funcionamiento práctico del DIPr, desde la determinación de la competencia judicial internacional y pasando por la colaboración para la determinación del derecho aplicable. Por otro lado, la cooperación jurídica internacional ya

¹³¹ G.A. BERMANN (nota precedente), p. 529 ("*l'harmonisation du droit n'est que l'un parmi la myriade de buts du droit comparé*").

¹³² Hasta uno de los más conspicuos abogados de la unificación sustantiva reconocía los límites de la unificación jurídica internacional. Ver F.K. JUENGER (nota 2), pp. 210-211.

¹³³ Sector en el cual el DIPr clásico, es decir, las normas de conflicto clásicas, son claramente insuficientes para resolver los problemas reales. Ver H. KRONKE, "Most Significant Relationship, Governmental Interests, Cultural Identity, Integration: «Rules» at Will and the Case for Principles of Conflict of Laws", in: *Festschrift Erik Jayme*, t. I., München, Sellier, 2004, p. 760 (distinguiendo cooperación de simple coordinación). Ver también H. VAN LOON, "Unification of Private International Law in a Multi-forum Context", in: E.-M. KIENINGER (dir.), *Denationalisierung des Privatrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, pp. 33 ss.

no está basada en nociones tradicionales de cortesía internacional –según la cual los Estados ayudarían generosamente a sus pares de manera más o menos espontánea– y reciprocidad. Hoy en día, la internacionalización de la vida moderna lleva implícita un deber de cooperar, tanto sobre la base de acuerdos internacionales como unilateralmente, a fin de implementar mecanismos para proteger los intereses de las personas. Este deber surge del hecho que el DIPr está ahora basado en el respeto y desarrollo de los derechos humanos y, señaladamente, en el derecho de un acceso efectivo a la justicia. Así, lo que antes era una cuestión de cortesía, una mera opción de los Estados, se convierte en un mandato imperativo. Muchísimos datos confirman esto. Por ejemplo, la tendencia a facilitar el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales extranjeras, reduciendo el alcance de los requisitos materiales y formales pero reforzando la protección de los derechos fundamentales en el proceso¹³⁴.

V. Enseñar y aprender el DIPr sobre una base comparativa

1. ¿Por qué se debe enseñar el DIPr "comparativamente"

Cuatro razones principales justifican la necesidad de enseñar el DIPr sobre una base comparativa: *a)* la vida de las personas, tanto físicas como jurídicas ya no está relacionada con un único ordenamiento jurídico (incluso aunque esas personas no se desplacen jamás de su domicilio); *b)* los ordenamientos jurídicos se han vuelto plurales, es decir, tienen todas varias dimensiones (y la doméstica no es siempre la más importante); *c)* el derecho está cambiando (especialmente por los procesos de internacionalización y supranacionalización); *d)* hoy en día el acceso al conocimiento del derecho extranjero ha dejado de ser una cuestión de difícil solución.

Por todo esto, hoy más que nunca, ninguna investigación o legislación que desee ser rigurosa puede ignorar lo que está pasando al otro lado de las fronteras del particular Estado en la que la misma se desarrolla. Esto es ya ampliamente admitido y practicado. No obstante ello, parece que sigue habiendo dificultades para internalizar que la misma toma de conciencia tiene que ser aplicada al procedimiento de enseñanza y aprendizaje. Si la necesidad del DC es tan acuciante, la enseñanza del derecho no debería permanecer anclada exclusivamente en el puerto del singular ordenamiento jurídico del enseñante. De otro modo, los profesores estarían engañando a sus estudiantes al transmitirles unos conocimientos en gran parte obsoletos que no encajan en los verdaderos problemas actuales. En un mundo tan interconectado, enseñar el derecho sobre una base comparativa tendría que ser la regla general¹³⁵. Y, en lo que se refiere específicamente al DIPr, dicha regla no debería admitir muchas excepciones. En otras palabras: ahora, derecho es DC y, por lo tanto, DIPr debe ser DIPr comparado.

¹³⁴ En un contexto como este, el mantenimiento de sistemas de reconocimiento basados en rígidas exigencias formales (como, por ejemplo, el principio del "espejo" para evaluar la competencia del juez de origen) resulta inaceptable. Ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO / J.P. SCHMIDT, "Das Spiegelbildprinzip un der internationale Gerichtsstand des Erfüllungsortes", *IPRax*, 2009-6, pp. 499 ss.

¹³⁵ B. FAUVERQUE-COSSON (nota 130), p. 536.

A) Aumento del número de personas conectadas con múltiples sistemas jurídicos

“Multilocalización”, “multiconexión”, velocidad y movilidad son características de la era en que vivimos. Esto es verdad tanto para los Estados como para las empresas, así como para gente rica y gente pobre. Las migraciones siempre existieron pero ahora, además del movimiento masivo de personas a través de las fronteras y de un continente a otro, puede verse cómo la globalización llega hasta casi cada rincón del planeta. Para ofrecer sólo una pequeña selección de ejemplos: pequeños productores agrícolas venden sus productos primarios a compañías extranjeras; individuos compran productos extranjeros por Internet; empresas que siempre habían sido “locales” son adquiridas por multinacionales que internacionalizan la organización y deslocalizan trabajadores y ejecutivos; miles de niños de países subdesarrollados son adoptados por personas de países desarrollados; la movilidad extrema de las personas favorece la ruptura de las familias, situaciones a veces seguidas de la sustracción de los menores; y así podríamos seguir. En tal contexto, mantener una visión doméstica de la enseñanza del DIPr ha dejado de ser funcional. Conocer sólo lo que dice “nuestro” DIPr y lo que probablemente harán “nuestros” jueces difícilmente nos ayudará a solucionar los casos reales de una forma adecuada.

B) Pluralidad de ordenamientos jurídicos

En muchos Estados coexisten varios subsistemas. Hay Estados federales, diferentes dimensiones de reglamentación y un redescubrimiento del derecho basado en criterios étnicos o culturales. Las particularidades de los Estados federales han desafiado los estudios comparativos de DIPr en dos niveles: *ad intra* (conflictos internos / unificación jurídica nacional) y *ad extra* (conflictos internacionales / unificación jurídica internacional). Desde una cierta perspectiva, las viejas cuestiones típicas de los sistemas de DIPr como el canadiense o el estadounidense, se vuelven a presentar ahora, *mutatis mutandis*, con el surgimiento del DIPr de la UE. Este fenómeno acentúa aún más el clásico problema de la coexistencia –en un mismo ordenamiento jurídico– de normas de DIPr nacionales e internacionales. Todos sabemos que para aprehender un sistema “específico” de DIPr es preciso conocer las convenciones internacionales que están en vigor en dicho sistema y cómo ellas se aplican. Por ejemplo, alguien que quiera conocer el sistema francés de DIPr necesita tener conocimiento del enorme número de textos internacionales en vigor en Francia. Actualmente, además, esta exigencia se extiende al DIPr de la UE, que crece sin pausa (pero con prisa) y que goza de una posición preeminente en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE. La importancia creciente del DIPr *soft* y del DIPr no nacional, basada en su progresiva recepción en los ordenamientos jurídicos *hard* (tanto nacionales como internacionales y supranacionales)¹³⁶ completa la complejidad de los

¹³⁶ Desde otra perspectiva, la significación puede ser facilitada por el no reconocimiento del *soft law*. Ver P. DEUMIER, “La réception du droit souple par l’ordre juridique”, in: *Le droit souple*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 135-139. Incluso en una materia hiperregulada como el derecho de consumo hay algunos intentando encontrar normas “transnacionales”. Ver G.-P. CALLIÈS, *Grenzüberschreitende Verbraucherverträge. Rechtssicherheit und Gerechtigkeit auf dem elektronischen Weltmarktplatz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, pp. 375-485, y la crítica de N. REICH, “Transnational Consumer Law: Reality of Fiction?”, *Penn State International L. Rev.*, vol. 27, 2009, pp. 859 ss.

sistemas de DIPr¹³⁷. Los sistemas interpersonales de DIPr también tienen una larga historia. Sin embargo, la reelaboración de órdenes jurídicos consolidados sobre la base de premisas étnicas puede hacer surgir nuevos perfiles a este asunto. Por ejemplo, el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a vivir de acuerdo con sus tradiciones, establecer sus propias instituciones –incluido su propio sistema de administración de justicia–, es uno de los puntos clave de la Constitución boliviana de 2009 la cual, dependiendo de cómo se realice su implementación, podría abrir un rico panorama de casos jurídicos mixtos, tanto en lo doméstico como en lo internacional¹³⁸.

C) Facilidad en el acceso al derecho extranjero

Los argumentos mencionados más arriba son sobre todos de naturaleza substancial. Sin embargo, hay también una razón práctica para saltar del DIP puramente local al DIPr comparado: la información acerca del DIPr es ahora más accesible que nunca. Los materiales jurídicos, antiguamente sólo accesibles para ciertos privilegiados o iluminados, están ahora al alcance de cualquiera. Trascendentes sentencias en materia de DIPr, sean del Tribunal Supremo venezolano, del Tribunal de Justicia de la UE o de una Corte federal de apelaciones de los Estados Unidos, son puestas en la red inmediatamente después de haberse adoptado y en consecuencia pueden conocerse, casi en tiempo real, desde cualquier lugar del mundo en el que haya una computadora conectada a internet. Coincidentemente, la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya se ha puesto a explorar la factibilidad de establecer mecanismos para desarrollar un nuevo instrumento global para facilitar el acceso al contenido del derecho extranjero¹³⁹. La idea subyacente es expresada en los siguientes términos: “la necesidad de información sobre derecho extranjero está llamada a expandirse en los años y décadas que vienen. Cada vez más, las situaciones jurídicas estarán conectadas con más de un sistema jurídico, y las partes y sus consejeros necesitarán, *ex ante* o *ex post*, determinar el derecho aplicable a sus relaciones y transacciones”¹⁴⁰. Obviamente, las facilidades tecnológicas actuales son muy diferentes a las que estaban disponibles cuando los instrumentos multilaterales sobre la materia (en particular, las Convenciones de Londres y de Montevideo) fueron adoptados. Esto justifica el interés de la Oficina Permanente. No obstante, el Consejo (es decir, los Estados miembros) no han mostrado un excesivo entusiasmo. En cualquier caso, el temor o la pereza de los Estados y de las organizaciones internacionales para aprovechar la oportunidad de actualizar sus mecanismos para acceder al derecho extranjero no debería impedir la utilidad académica de las modernas tecnologías. Cualquiera sea la motivación de los Estados para evitar la

¹³⁷ Acerca de la complejidad de los sistemas de DIPr, ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO D.P. (nota 84), pp. 49-61; R. MICHAELS, “The Re-*state*-ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism”, *Wayne L. Rev.*, vol.51, 2005, pp. 1209 ss.; H. GAUDEMET-TALLON, “Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel)”, *Recueil des Cours*, t. 312, 2005, pp. 9 ss. (para la autora existe un doble pluralismo: uno de fuentes y otro de fines); Ch. P PAMBOUKIS, “Droit international privé holistique: droit uniforme et droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 330, 2007, pp. 157 ss. y 325 ss.; E. HERNÁNDEZ-BRETÓN, *Mestizaje cultural en el derecho internacional privado de los países de la América Latina*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2007.

¹³⁸ Ver, en particular, arts. 30 (derecho a ejercer sus propios sistemas políticos, jurídicos y económicos, de acuerdo a su propia cosmovisión) y 190 ss. (establecimiento de una “jurisdicción indígena originaria campesina”). Disponible en www.vicpresidencia.gob.bo

¹³⁹ Ver *supra* nota 74.

¹⁴⁰ Conferencia de La Haya, Prel. Doc. No 11^a of March 2009, paragraph 5.

adopción de instrumentos solventes y adecuados a nuestra era, esas razones no tendrían por qué incidir sobre las decisiones de los especialistas relativas al contenido de sus escritos y cursos.

2. ¿Cómo se debería enseñar el DIPr comparado?

Los elementos antes destacados muestran los parámetros generales a ser tenidos en cuenta a la hora de diseñar e impartir un curso de DIPr. En los próximos párrafos intentaré dar algunas indicaciones que, en mi opinión, tendrían que ser consideradas a fin de definir el propio contenido de dicho curso. Vale la pena subrayar que mi propuesta no sólo trata de cursos especiales de postgrado sino con la enseñanza del DIPr en general, en cualquier nivel de estudios. Los cursos generales sobre DC (o sobre sistemas jurídicos) podrían seguir teniendo cierta utilidad. Sin embargo, lo que realmente se necesita es incorporar una mentalidad jurídica comparativa en cada disciplina jurídica y, en concreto, en el área del DIPr.

A) Permanencia de la utilidad de la división derecho romano-germánico / *common law*

A pesar del aumento de intercambios entre los sistemas jurídicos tributarios del derecho romano-germánico y los pertenecientes a la "familia" del *common law*, la división sigue constituyendo un campo fértil para la comparación en diversas áreas importantes, tales como el derecho procesal¹⁴¹, la competencia judicial internacional, la educación jurídica y la organización y el ejercicio de las profesiones jurídicas. De hecho, la experiencia muestra que las cuestiones procesales comparadas se sitúan entre las más atractivas en los cursos de DIPr. Siempre hay nuevos trabajos interesantes para compartir con los estudiantes, que sirven para comprender las razones y las consecuencias del uso de diferentes mecanismos para determinar si un tribunal debe entender en un caso o no¹⁴². En efecto, al ser una materia eminentemente práctica, el derecho de la jurisdicción ofrece un panorama jurisprudencial extremadamente rico. Así, no es difícil encontrar decisiones judiciales apropiadas para explicar cada cuestión particular¹⁴³. En la medida en que los aspectos

¹⁴¹ En la presentación del 2009 Congress of the International Association of Procedural Law, que estuvo dedicado a este tema, puede leerse: "Harmonization projects, mixed jurisdictions, and jurisdictions in transition are demonstrating that the traditional distinctions may not define the dispute resolution processes of the future" (www.iapl2009.org). Hoy en día, no obstante, esas distinciones siguen siendo relevantes, aunque no tanto como hace un tiempo.

¹⁴² Un ejemplo excelente es C. McLACHLAN, "Lis pendens in International Litigation", *Recueil des Cours*, t. 336, 2008, pp. 199 ss.

¹⁴³ Ver *South African Supreme Court of Appeal (SCA)*, 23 de noviembre de 2007, *Bid Industrial Holdings v. Strang*, notas OPPONG y SIBANDA, *Journ. of PIL*, 2008, pp. 311 ss. y 329 ss. (cambio del criterio tradicional para la competencia judicial en material personal) –para otros ejemplos en Sudáfrica, ver R.F. OPPONG (note 68), pp. 395-397–; *consolidated cases Carlos Abad, et al. v. Bayer Corporation, et al.* (08-1504, 08-2146) y *Carlos Miguel Pastor, et al. v. Bridgestone/Firestone North American Tire LLC, et al.* (08-3101), US Court of Appeals 7th Circuit, 1º de mayo de 2009 (Juez R. Posner) (declara *forum non conveniens* a la jurisdicción norteamericana y *forum conveniens* a la argentina); *Osorio v. Dole Food Co.*, No. 1:07-22693, US District Court (S.D. Fla.), 20 de octubre de 2009 (denegación de la ejecución de una decisión nicaragüense en material de daños); *Zone Brands, Cour de Cassation* francesa, Civ. 1, 14 de octubre de 2009 (acepta una *anti-suit injunction* norteamericana).

procesales y sustantivos del DIPr están "interrelacionados funcionalmente"¹⁴⁴, hay también casos preciosos que encajan perfectamente para explicar la relación entre esos aspectos ilustrando las diferencias en entre *common law* y derecho romano-germánico¹⁴⁵. Por supuesto, independientemente de la materia concreta, la comparación puede permitir que el análisis vaya más allá de una operación meramente técnica para evaluar los efectos sociales, políticos y económicos de las soluciones jurídicas respectivas¹⁴⁶. Tal análisis es fundamental no sólo para la elaboración del derecho sino también para la enseñanza del mismo¹⁴⁷.

Claro que el indudable interés de la ecuación *common law* no puede ser el único foco de la comparación, tanto para el DC en general como para el PIL. El "occidento-centrismo" es mejor que el "eurocentrismo" o el "norteamericano-centrismo" pero no *mucho* mejor¹⁴⁸. Muchos ejemplos que surgen de la división típica, concernientes tanto a cuestiones procesales como sustanciales. El derecho de familia o el derecho de sucesiones, por ejemplo, ofrecen una larga lista de cuestiones sobre las cuales un enfoque comparativo sigue siendo inevitable debido a las profundas diferencias culturales existentes.

B) Importancia de la jurisprudencia

Durante un largo período de tiempo, el mayor defecto del DC fue la insuficiente atención a la jurisprudencia. Esto ha sido particularmente cierto respecto de los comparatistas formados en la tradición romano-germánica, habitualmente inclinados a la abstracción y a las categorías formales. Hoy en día, cuando la importancia de la jurisprudencia es reconocida ampliamente, las características del DIPr exigen que esa jurisprudencia sea concebida sobre una base plural, incluyendo decisiones nacionales, internacionales, supranacionales y transnacionales. El ejercicio de comparar derechos observando la práctica es notablemente mejor que hacerlo tomando como única referencia las normas y los libros. Es bien sabido que ciertas normas no han sido nunca o casi nunca aplicadas¹⁴⁹ y que otras han perdido peso, importancia o, directamente, vigencia¹⁵⁰. Pero ese paso adelante sería más bien corto si sólo nos conduce hacia nuestros propios tribunales.

¹⁴⁴ F.K. JUENGER (nota 2), p. 3-4.

¹⁴⁵ Ver Tribunal Supremo español, 12 de enero de 2009 (ordena la indemnización por los daños derivados del incumplimiento de la cláusula de elección del foro y de la ley), nota ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *IPRax*, 2009-6, pp. 529 ss., nota FERNÁNDEZ ARROYO, *Rev. crit. DIP*, 2009, pp. 756 ss.

¹⁴⁶ H. MUIR WATT, "Comparer l'efficience des droits?", in: P. Legrand (dir.), *Comparer les droits résolument*, Parisism PUF, 2009, at 447 *et seq.*

¹⁴⁷ G.A. BERMAN, "The Discipline of Comparative Law in the United States", *RIDC*, 1999, pp. 311-312.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 309.

¹⁴⁹ Los ejemplos son numerosos. Así, el art. 12.6 del Código civil español (que establece que los tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español) puede dar la impresión de que las normas de conflicto españolas son imperativas. Sin embargo, algunas normas procesales, en abierta contradicción con lo anterior, han llevado a los tribunales de ese país –con algunas raras excepciones como Tribunal Supremo (Sala Civil), 4 de julio de 2006– a no aplicar el derecho extranjero si este no es invocado y probado por las partes. Ver A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "The Proof of Foreign Law in the New Spanish Civil Procedure Code 1/2000", *IPRax*, 2005-2, pp. 170 ss.

¹⁵⁰ En oposición a la nota anterior, el art. 13 del Código civil argentino todavía sigue exigiendo la prueba del derecho extranjero. No obstante ello, la jurisprudencia camina en la dirección opuesta. Ver Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, 28 de abril de 2005, *Sabaté Sas*, nota CÓRDOBA, *DeCITA*, nº 5/6, 2006, pp. 453 ss., y Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, 28 de abril de 2004, *Soto v. Exxe*, nota FERNÁNDEZ ARROYO, 'Chronique de jurisprudence argentine', *JDI*, 2008, pp. 211-214.

Por un lado, siempre que un Estado toma parte de una organización supranacional o internacional que cuenta con un sistema jurisdiccional propio, las decisiones adoptadas por los tribunales supranacionales e internacionales son consideradas como equivalente a las decisiones "locales" tomadas por los tribunales nacionales. La relevancia de esa jurisprudencia "no local" se magnifica por el hecho de que si alguna diferencia existe entre ambas fuentes de decisiones es, precisamente, que el alcance de las decisiones nacionales (así como la correcta interpretación del derecho nacional) está condicionado por las decisiones provenientes de los tribunales supranacionales e internacionales.

Por otro lado, todos estos tribunales de diferente nivel resuelven una considerable proporción de los litigios de DIPr pero obviamente no todos. Otra parte de las cuestiones problemáticas de DIP son tratadas fuera de los tribunales de justicia. El arbitraje, antes confinado dentro de los límites de los litigios contractuales comerciales, va expandiendo su ámbito de actuación tanto como la noción de arbitrabilidad se vuelve más y más comprensiva¹⁵¹. Así, el arbitraje ha alcanzado materias tales como la insolvencia, al mismo tiempo que se va instalando como una opción para solucionar litigios de consumo. Coincidentemente, el arbitraje va ganando autonomía¹⁵², aunque un creciente número de situaciones de litigación paralela muestra que la resolución extrajudicial de controversias no siempre es factible¹⁵³. La mediación va desplegando su influencia tanto en materias comerciales como familiares¹⁵⁴. La resolución de litigios *online* también está experimentando un notable desarrollo¹⁵⁵. En tal contexto, reducir el análisis de la práctica del DIPr a las decisiones de los tribunales de justicia es hoy claramente inapropiado.

C) Otras cuestiones a tener en cuenta

Además de tener en cuenta la rica variedad de sistemas jurídicos y la importancia de la jurisprudencia en el más amplio sentido del término, un curso sobre DIPr (comparado) necesita prestar atención los siguientes tópicos:

a. El rol de los Estados. La discusión sobre la evolución y los efectos del rol del Estado es uno de los mantras de la globalización. Concretamente, analistas renombrados, así como actores políticos relevantes, predijeron la inminente desaparición del Estado, del mismo modo en que antes habían relativizado su valor. Algunos sucesos recientes in América Latina, Asia y, por sorprendente que pueda parecer, Europa y Estados Unidos, indican a las claras que los Estados, individualmente o a través de organizaciones internacionales o supranacionales, están tomando decisiones de una significación extraordinaria respecto de la energía, la industria, el medioambiente, el comercio, la ciencia, la cultura, el "bienestar" social, etc. En lo que concierne al derecho y en particular al DIPr actual, esa discusión puede plantearse situándola en varios escenarios de desigual importancia. Con todo, es

¹⁵¹ B. HANOTIAU, "L'arbitrabilité", *Recueil des Cours*, t. 296, 2002, pp. 25 ss.

¹⁵² La fuerza de esta tendencia es obvia más allá del punto de vista que se tenga de la cuestión y de sus consecuencias. Ver, por ejemplo, E. GAILLARD (nota 70), pp. 69 ss. y D. BUREAU / H. MUIR WATT (nota 82).

¹⁵³ Por ejemplo, TJCE, C-185/07, 10 de febrero de 2009, *West Tankers*.

¹⁵⁴ La "mediación transfronteriza en asuntos de familia" es el primer tema mencionado en la agenda actual de la Conferencia de La Haya. Ver las Conclusiones adoptadas por el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia en abril de 2010 (http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2010concl_e.pdf).

¹⁵⁵ J. HÖRNLE, *Cross-border Internet Dispute Resolution*, Cambridge, CUP, 2009.

fundamental tener en mente –a fin de enseñar un DIPr real y no uno imaginario (por atractivo y lúdico que éste pueda ser– el verdadero poder del Estado para legislar (por sí mismo o conjuntamente con otros Estados) y para imponer su propio derecho a las relaciones privadas internacionales, al margen de las ideas que uno pueda tener sobre lo qué debería ser tal poder¹⁵⁶.

b. El ambiente del sistema jurídico. Me estoy refiriendo a los factores políticos, económicos y culturales que a menudo determinan el alcance y el sentido real de las normas jurídicas, por un lado, y el funcionamiento de las instituciones políticas y judiciales, por otro lado. Sin esa comprensión, uno podría llegar a creer que la aplicación mecánica de la fórmula del Reglamento 44/2001 de la UE para solucionar las cuestiones de litispendencia (indicando la prioridad automática del proceso iniciado antes) es la solución más adecuada en la materia, y que decisiones tales como la adoptada por el Tribunal de Justicia europeo en el caso *Gasser*¹⁵⁷ son totalmente razonables y justas.

c. Los diferentes subsistemas jurídicos. Para comprender cabalmente los sistemas jurídicos foráneos es imprescindible descifrar el grado de pluralidad que ellos detentan. Como antes mencioné, esta pluralidad, ya sea basada en criterios políticos o personales, constituye uno de los datos fundamentales a tener en cuenta. Hay normas de DIPr perfectamente vigentes que no pueden ser aplicadas a una particular relación jurídica debido a la presencia en el mismo ordenamiento de otra norma que disfruta de un nivel “superior” de aplicabilidad. Así, aunque la dimensión autónoma del sistema uruguayo de DIPr siga limitando drásticamente la autonomía de la voluntad¹⁵⁸ para designar el juez competente y la ley aplicable, la dimensión convencional del mismo cuenta con textos como el Protocolo mercosureño de Buenos Aires de 1994 o la Convención de Viena de 1980 que la admiten claramente (esto por no mencionar la admisión de la sumisión de las controversias internacionales al arbitraje, con todas las consecuencias que ello implica).

d. La existencia de mecanismos no judiciales de resolución de controversias y la aplicación de normas no nacionales. La creciente importancia de la “jurisprudencia privada” en varias áreas del DIPr ya ha sido destacada. Vale la pena insistir, una vez más, en que los Estados han ido abriendo las puertas a la eficacia total del arbitraje y otros medios de solución de controversias. Al mismo tiempo, siguiendo un desarrollo paralelo aunque más débil¹⁵⁹, los

¹⁵⁶ Ch.P. PAMBOUKIS (nota 137), pp. 63-68 (“*l’époque contemporaine n’a pas marqué la fin de l’État. Elle a marqué la fin du postulat de la coïncidence entre ordre juridique et État*”).

¹⁵⁷ TJCE, C- 116/02, 9 de diciembre de 2003.

¹⁵⁸ Posiblemente no por mucho tiempo si prospera el proyecto de Ley de DIPr actualmente en trámite legislativo.

¹⁵⁹ Esta debilidad reside en una suerte de proceso de “dos pasos adelante, un paso atrás”. Entre los primeros pueden mencionarse: el derecho de compraventa internacional de muchos países es ahora la Convención de Viena de 1980 en un gran número de países (y como todos saben, el art. 9 de la misma establece una fuerte presunción a favor de la aplicación del derecho no nacional); los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales están evidenciando una considerable utilidad, sobre todo en arbitraje internacional. Entre los segundos, tal vez el dato más importante es la resistencia de de la UE a reconocer el derecho de las partes a elegir normas no nacionales y el poder de los tribunales para aplicarlas (ver M.J. BONELL, “El Reglamento CE 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales («Roma I») – Es decir, una ocasión perdida”, in: J. Basedow / D.P. Fernández Arroyo / J.A. Moreno Rodríguez (dirs.) (nota 109), pp. 209 ss.; ver también J. BASEDOW, “The Effects of Globalization on Private International Law”, in: J. Basedow / T. Kono, *Legal Aspects of Globalization*, The Hague, Kluwer Law International, 2000, p. 8). Aparentemente, tal Resistencia no encuentra respaldo en argumentos económicos. Ver G. RÜHL, “Party Autonomy in Private International Law of Contracts. Transatlantic Convergence and Economic Efficiency”, in: E. Gottschalk / R. Michaels / G. Rühl / J. von Hein (dirs.), *Conflict of Laws in a Globalized World*, Cambridge, CUP, 2007, pp. 179-180.

Estados han reconocido la aplicabilidad de normas no nacionales. Por lo tanto, la visión de un sistema jurídico puede ser incompleta (y, peor aún, errónea) si la atención se dirige exclusivamente a las manifestaciones "públicas" del derecho y de la jurisprudencia¹⁶⁰.

e. La interacción entre el DIPr y otras materias, particularmente el DIP. Después de más de un siglo del comienzo de la lucha por su autonomía respecto del DIP, el DIPr se encuentra hoy más profundamente conectado que nunca con su "hermano mayor"¹⁶¹. Es obvio que las relaciones entre ambas ramas han sido siempre puestas de manifiesto. Sin embargo, varios factores hacen que las mismas sean más estrechas ahora. Sin lugar a dudas, los dos temas principales en este sentido son, en primer lugar, el surgimiento de un "DIPr de los derechos humanos"¹⁶² y, en segundo lugar, la "prioridad" (por llamarla de algún modo) dada a las reglas de derecho internacionales y supranacionales, dos fenómenos que están ciertamente relacionados entre¹⁶³. No obstante, no sólo las cuestiones de derechos humanos y la progresiva "internacionalización" del DIPr merecen destaque y atención. Hay muchos otros problemas jurídicos internacionales cuyas soluciones exigen la complementariedad de las visiones de privatistas y publicistas¹⁶⁴, tales como los contratos de Estado, el derecho de inversiones, la protección del medioambiente, el comercio internacional, la codificación del DIPr, la inmunidad de los Estados, etc., etc. El aislamiento de ambas disciplinas ha dejado de ser una opción lógica y saludable. Todas estas razones recomiendan una enseñanza común de ambas materias, como fue el caso en muchos países y tal vez sólo Italia mantiene (o mantenía)¹⁶⁵.

VI. Algunas apreciaciones conclusivas

- Los problemas globales demandan soluciones globales; pero soluciones globales no significan necesariamente soluciones materiales uniformes. Mejorar la cooperación internacional puede también ayudar a resolver los problemas que trascienden las fronteras estatales.

¹⁶⁰ Más allá de esta asunción obvia, las cosas son, por supuesto, más problemáticas. En este sentido, R. MICHAELS (nota 137), p. 1258 ("We cannot go back to the illusion that the state is the only relevant creator of norms in the world and so continue choice of law as before (...). At the same time, the challenge of legal pluralism for choice of law has far more dramatic implications than one might have thought").

¹⁶¹ Ver los ensayos recogidos en S. LEIBL / M. RUFFERT (dirs.), *Völkerrecht und IPR*, Jena, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2006.

¹⁶² Ver *supra* notas 44-63 y texto al que acompañan.

¹⁶³ E. JAYME, *Internationales Privatrecht und Völkerrecht. Studien-Vorträge-Berichte. Gesammelte Schriften*, t. 3, Heidelberg, Müller, 2003, pp. 3-8; H. GAUDEMET-TALLON (nota 137), pp. 34-35.

¹⁶⁴ En mi opinión la cuestión no es si el DIPr se va "publicizando" o si por el contrario "está volviendo" (como parece entender R. MICHAELS, "Public and Private International Law: German Views on Global Issues", *Journal of PIL*, 2008, p. 124), sino la evidencia de que muchas cuestiones están reclamando una visión complementaria de ambos. No hay dudas de que con frecuencia las visiones del DIP y del DIPr respecto de una cuestión concreta serán más contradictorias que complementarias, pero eso no tiene por qué ser malo *per se*. Después de todo, muchas de esas contradicciones seguirán siendo el resultado del enorme peso de los viejos conceptos. Ver además R. DOMINGO OSLÉ (nota 64), pp. 113-114.

¹⁶⁵ Ver la Resolución del IDI sobre la enseñanza común de ambas disciplinas y el informe de E. JAYME ("Droit international privé et droit international public: utilité et nécessité de leur enseignement dans un cours unique"), *Ann. IDI*, 67-II, 1998, pp. 466-475 y 99-109, respectivamente; pero ver H. MUIR WATT, "New Challenges in Public and Private International Legal Theory", in: M. van Hoecke, *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford *et al*, Hart, 2004, pp. 272-273.

- Los datos principales que deberían ser internalizados son:

- El rol central de los derechos humanos;
- la relatividad actual de los conceptos jurídicos tradicionales;
- la trascendencia del DIP dentro del ámbito del DIPr;
- la creciente y cada vez más diversificada cooperación internacional;
- la importancia de las organizaciones internacionales;
- la privatización experimentada tanto por la codificación del derecho como por los mecanismos de resolución de controversias.

- La necesidad de un cambio en la enseñanza del DIPr (para estudiantes, legisladores, funcionarios públicos, jueces –e incluso profesores–). Un enfoque comparativo de la educación en material de DIPr ha dejado de ser una opción para convertirse en una necesidad. Tal enfoque debería incluir:

- (1) – la enseñanza de un DIPr global en lugar de DIPrs locales;
- (2) – la conexión del DIPr con otras materias, en particular con el DIP;
- (3) – el tratamiento no sólo del *hard law* y de las decisiones de los tribunales de justicia sino también del *soft law* y de la “jurisprudencia privada”.