

# 4

Cristián Giménez Corte

## LA FUNCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN: UN MANIFIESTO JURÍDICO

---

### RESUMEN

Este ensayo, que por su carácter no es meramente descriptivo, sino que propone un curso de acción, y por ello lo llamamos “manifiesto”, va a explorar si el Derecho Internacional Privado (DIPR) puede contribuir no solo a la sistematización formal, sino también a la legitimación sustancial de las normas del sistema jurídico global.

A fin de alcanzar los objetivos propuestos, este ensayo se propone utilizar las herramientas metodológicas propias del DIPR; esto es el método conflictual, también llamado método indirecto, para tratar de encontrar soluciones justas al conflicto de leyes y jurisdicciones desde una perspectiva global.

### PALABRAS CLAVE

Derecho Internacional Privado · Conflicto de Leyes · Globalización

### ABSTRACT

This paper, which is not merely descriptive, but it also proposes a course of action, and because of that we call it “manifest”, will explore if PIL can contribute not only to the formal systematization, but also to the substantive legitimation of the rules of a global system of law.

To this end, this essay will utilize the methodological tools developed by PIL, that is, mainly, the conflict of law methodology, to try to find solutions to the problems brought by conflicts of laws and jurisdiction, from a global perspective.

### KEY WORDS

Private International Law · Conflict of Law · Globalization.

-Yo mismo le había dicho a Norman que temiera el rayo de Dios.  
A lo cual el inspector contesto, con una leve sonrisa:  
-Solo que ese agente esta fuera de mi jurisdicción.  
-Pero usted no está fuera de la Suya- contesto el herrero- recuérdelo.  
GK Chesterton, El Candor del Padre Brown

## 1. Introducción

Este ensayo se propone explorar la posibilidad de la aplicación del método conflictual del DIPR a todo tipo de situaciones en donde se presenta un potencial conflicto de normas y/o jurisdicciones. Estas situaciones no implican necesariamente un conflicto de leyes “nacionales” reclamando la regulación de una relación “privada internacional.” Más ampliamente, en cambio, estas situaciones implican cualquier tipo de conflicto de normas (intra-nacionales, inter-nacionales, supra-nacionales, trans-nacionales, formales e informales, oficiales y no oficiales, públicas y privadas) potencialmente aplicables a cualquier relación jurídica.

Con este fin, para analizar una posible expansión del método del DIPR, se debe contrastar el objeto clásico del DIPR contra los presupuestos materiales o fácticos sobre los que el DIPR se construye.

Como es sabido, la determinación del derecho aplicable a las “relaciones privadas internacionales” ha sido la función básica del DIPR durante siglos. El DIPR clásico es una rama moderna del derecho, y como tal está basada en el principio de soberanía del estado-nación. Una de las características principales del estado-nación (moderno) es la centralización y monopolización de la creación y aplicación del derecho, sobre todo su territorio y a toda su población. De esta manera, todas las relaciones privadas quedan regidas por una sola ley: la ley del estado-nación. En casos de relaciones privadas puras, la pregunta por el derecho aplicable no surge, ya que indefectiblemente se aplica la ley del estado-nación. Pero cuando en algunos casos raros, cuando la relación privada nacional presenta algún “elemento extranjero”, traspasando los límites nacionales, la situación cambia completamente<sup>1</sup>.

---

1 Sobre el origen y metodología del DIPR puede verse GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado*. 8va. Edición. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1992; BOGGIANO, Antonio. *Derecho Internacional Privado*. 3ª edición. Buenos Aires. Abeledo Perrot. 1991; CIURO CALDANI, Miguel Ángel. *Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado*. Cit. SOTO, A. *Temas Estructurales del Derecho Internacional Privado*. 3ra. Ed. Editorial Estudio. Bs. As. 2014. FERNÁNDEZ ROSAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. *Curso de Derecho Internacional Privado*. 2º ed.. Madrid. Civitas. 1995. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. *Derecho Internacional Privado, una mirada actual sobre sus elementos*

En este tipo de casos con “elementos extranjeros,” desde que la relación privada va a estar vinculada a más de un sistema jurídico, se torna necesario determinar: a) que ley nacional va a ser aplicable; b) que juez nacional va a tener jurisdicción; y, c) si esta sentencia del juez nacional va a ser reconocida y ejecutada en el extranjero<sup>2</sup>.

El DIPR intenta responder a estas tres preguntas básicas por medio de sus herramientas legales tradicionales: las normas de derecho aplicable (incluyendo las normas de conflicto, las normas materiales, y las normas imperativas), las normas jurisdiccionales, y las normas sobre reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos<sup>3</sup>.

Durante estos últimos años, sin embargo, las condiciones materiales o fácticas sobre las que el DIPR se ha desarrollado, es decir, la existencia de estados soberanos que monopolizan la creación y aplicación del derecho, han cambiado. Fenómenos sociales y económicos, incluidos la globalización y transnacionalización de los mercados comerciales y financieros, la migración internacional, las crisis humanitarias y los desastres naturales, la expansión de las telecomunicaciones, el desarrollo de las tecnologías de la información, incluida Internet, y la aparición de bienes públicos mundiales, están constantemente poniendo a prueba las bases teóricas del DIPR. Estos nuevos fenómenos son intrínsecamente inter-nacionales,

---

esenciales. Córdoba Argentina. *Advocatus*. 1998. AA.VV. “Principios objetivos y métodos del Derecho Internacional Privado: balance y perspectivas de una década” en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 45, n° 2. 1993.

2 Por ejemplo, un contrato de compraventa celebrado en Argentina para cumplirse en Italia, presenta un elemento extranjero, cual es el lugar de cumplimiento, ubicado fuera del sistema jurídico argentino. En caso de una disputa entre las partes surgen las preguntas: a) ¿qué derecho rige el contrato (el argentino o el italiano)?; b) ¿ante qué juez se debe interponer una demanda?; y c) ¿una sentencia pronunciada por el juez italiano, puede ser ejecutada en Argentina? Estas preguntas no surgen cuando todos los elementos relevantes de la relación jurídica están conectados a un solo ordenamiento jurídico. De esta manera

*el núcleo del Derecho Internacional Privado actual está integrado por el conflicto de leyes [...] dicho sector nuclear abarca no solo el conflicto ‘de leyes’ sino el conflicto de jurisdicciones y los conflictos procesales, que se plantean por la transposición procesal e incluyen lugares destacado el auxilio judicial internacional y el reconocimiento y la ejecución de sentencias y laudos extranjeros...*

CIURO CALDANI, Miguel Ángel. “Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado”. *Fundación Para las Investigaciones Jurídicas*. Rosario. 1997, pp. 10 y 11.

En el mismo sentido VISCHER afirma: “*Adjudicatory jurisdiction, choice of law and recognition form a unity within private international law*”, VISCHER, F. *General Course of Private International Law*, R. des C., t. 232, 1992-I, p. 199, y también NORTH, P.M. and FAWCET, J.J. *Cheshire and North’s Private International Law*. 12 th edn. London. Butterworths. 1992. 3-4.

3 Sobre la pluralidad de normas de DIPR ver BOGGIANO A. *Derecho Internacional Privado*. Abeledo-Perrot. 3° ed. vol. I. 1991, pp., 111-141; CIURO CALDANI, M.A. *Op. cit.* pp., 7-22; FERNÁNDEZ ROSAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S. *Op. Cit.* pp., 383-390.

o mejor, trans-nacionales, ya que trascienden las fronteras de cualquier estado-nación, como así la capacidad de cualquier estado para regular efectivamente estos fenómenos<sup>4</sup>.

Aun así, estos fenómenos transnacionales no carecen de regulación. Sin embargo, su marco legal no está dado por normas promulgadas por estados nacionales, sino por una variedad y multiplicidad de normas intranacionales, nacionales, inter-nacionales y trans-nacionales, formales e informales, oficiales y no oficiales, públicas y privadas. Este mosaico de normas ha multiplicado exponencialmente los potenciales derechos aplicables, y por lo tanto fragmentado el derecho aplicable a una relación jurídica dada, incrementando el riesgo de superposiciones, contradicciones, e incluso, pese a esta superproducción, lagunas normativas<sup>5</sup>. Más aun, la “desnacionalización” de la producción del derecho y el surgimiento de fuentes de derecho “privadas” lleva a otra pregunta quizá más importante aún, cual es la pregunta sobre la legitimidad del sistema jurídico global.

Estos cambios han sacudido profundamente los pilares del DIPR, el que hasta ahora no ha sabido, no ha podido, o no ha querido brindar una solución apropiada, sistemática y legítima para estos nuevos problemas<sup>6</sup>. Sin embargo, el DIPR sigue siendo la disciplina jurídica mejor preparada para enfrentar los problemas relativos a los conflictos de leyes y jurisdicciones<sup>7</sup>.

Pero para poder, describir, explicar y sistematizar un sistema jurídico cada vez más global, el DIPR necesita rever, reconsiderar, y repensar, su propio “objeto” y “método.” Este ensayo se propone examinar críticamente los fundamentos teóricos del DIPR, tratando de, por un lado, expandir sus límites conceptuales; pero por otro, revisar el origen histórico del DIPR,

---

4 Ver en general MUIR WATT, H. *New Challenges in Public and Private International Legal Theory : Can Comparative, Scholarship Help ?*, en VAN HOEKE, Mark (ed). *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Hart. 2004, p. 271.

5 Siguiendo con el ejemplo de la nota 2, los conflictos de leyes ya no se darían únicamente entre el derecho “nacional” argentino y el italiano. El contrato de nuestro ejemplo puede ahora quedar sujeto a “resoluciones” provinciales regulando la exportación de ciertos productos; a “directivas” de la Unión Europea, a “reglas” del Mercosur, a “decisiones” de la Organización Mundial de Comercio, o a “guías” de la Cámara de Comercio Internacional. Sobre la múltiple naturaleza de normas y sus relaciones puede verse TEUBNER, G., *Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems*, en *The American Journal of Comparative Law*, 45. 1997. pp., 149-169.

6 El DIPR “[does not] offer any systemic vision, or sense of meaning, to the changes affecting law and authority in a global environment.” MUIR-WATT, Horatia. *Private International Law as Global Governance: Beyond the Schize, from Closet to Planet*. 2011 Available at: [http://works.bepress.com/horatia\\_muir-watt/1](http://works.bepress.com/horatia_muir-watt/1) (16 July 2012), p. 3.

7 “... the methods associated with private law may still be the most effective in the global arena in tethering private power and reconnecting fragmented sources of norms.” MUIR-WATT, H. *Op. cit.*, p.7

reactualizando sus herramientas teóricas para que sean útiles en la solución de estos nuevos problemas descriptos.

La coordinación es necesaria para brindar coherencia y unidad a este un poco caótico mosaico de normas y reglas, y por lo tanto para poder desarrollar un sistema. Solo un sistema jurídico podría prevenir que la misma relación jurídica sea ilegal bajo ciertas normas, pero completamente legal si se la somete a una norma diferente<sup>8</sup>.

Más aún, de todos los tipos de normas mencionadas anteriormente, sólo la ley nacional goza de plena legitimidad democrática. Sin embargo, nosotros, la gente, el pueblo, estamos siendo gradual, incesante y progresivamente sometidos a normas que no han sido establecidas siguiendo el proceso constitucional de formación de la ley.

Este ensayo, que por su carácter no es meramente descriptivo, sino que propone un curso de acción, y por ello lo llamamos “manifiesto,” va a explorar si el DIPR puede contribuir no solo a la sistematización formal, sino también a la legitimación sustancial de las normas del sistema jurídico global.

A fin de alcanzar los objetivos propuestos, este ensayo se propone utilizar las herramientas metodológicas propias del DIPR; esto es el método conflictual, también llamado método indirecto, para tratar encontrar soluciones justas al conflicto de leyes y jurisdicciones<sup>9</sup>.

Sin embargo, este ensayo propone ampliar o extender el ámbito de aplicación de este método propio del DIPR a otras áreas jurídicas, para lo cual como se dijo, debemos mirar simultáneamente hacia adelante y hacia atrás, hacia el futuro y hacia el pasado. Es decir, este ensayo propone la utilización del método conflictual no solo para la solución de conflicto de leyes nacionales, tal cual es el objeto tradicional del DIPR sino también a conflictos de leyes internas, conflicto de normas internacionales, conflicto de leyes personales, conflicto de leyes públicas (nacionales e internacionales), y al conflicto de normas privadas con normas oficiales.

---

8 ¿Puede una empresa utilizar niños para fabricar sus productos? La respuesta, hoy día, depende de en qué país vivan estos chicos. Si están en un país desarrollado, la respuesta sería negativa, si los chicos están en un país subdesarrollado, la respuesta sería probablemente positiva (sin importar el hecho que los productos fabricados por esos chicos se van a vender el en país desarrollado.) ¿Puede la fábrica de una empresa contaminar el medio ambiente durante su proceso de producción? De nuevo, depende de qué ley se aplique, y que juez tenga jurisdicción. ¿Puede una empresa producir y vender bienes en un país, pero pagar (menos) impuestos en otro país? Depende. ¿Tiene la mujer derechos sobre la educación de sus hijos? Depende en qué país viva, y que ley se aplique.

9 Sobre la metodología del DIPR ver *supra* nota 1.

El DIPR no solo está en condiciones de proveer un sistema a esta mera yuxtaposición actual de normas a nivel global; sino que además, el DIPR está en condiciones de brindar herramientas conceptuales que contribuyan a la justicia y legitimidad de sistema jurídico global. Herramientas conceptuales tales como “orden público,” “calificaciones,” “puntos de conexión,” “vínculos jurídicos,” “*escape clause*,” “normas imperativas” o “normas de policía,” “*proper law*” o “*better law*,” los procesos de reconocimiento y ejecución de laudos y sentencias, y las herramientas de la cooperación judicial internacional están en condiciones de brindar esta posibilidad<sup>10</sup>.

## 2. DIPR y conflicto de leyes “internas”

El origen histórico de la ciencia del DIPR nace a partir del intento de búsqueda de soluciones para el “conflicto de estatutos” de las ciudades medioevales europeas. Como tal, entonces, el DIPR no fue inicialmente desarrollado para determinar la ley nacional aplicable a casos internacionales, sino para tratar de determinar el derecho (o estatuto) local aplicable a un caso vinculado a dos estatutos municipales, enmarcados dentro del *ius commune*<sup>11</sup>.

Luego, en Europa, con el establecimiento del estado-nación, y la consiguiente “nacionalización” y “fragmentación” del *ius commune* por medio de la centralización de la producción del derecho por estados nacionales, el DIPR evoluciono hacia la rama del derecho cuyo objeto es la determinación del derecho aplicable a los casos internacionales.

Sin embargo, la pregunta sobre el derecho aplicable a un caso dentro de un marco federal constitucional común parecería estar de moda nuevamente, debido a dos tendencias aparentemente contradictorias, pero que reflejan la descentralización y desnacionalización de la producción del derecho.

Por un lado, Europa está experimentando un movimiento “ascendiente” hacia el establecimiento de un marco legal cuasi federal. Así, los estados

---

10 Sobre los conceptos fundamentales del DIPR puede verse CIURO CALDANI, M.A. *Op. cit.*, pp.7-22; FERNÁNDEZ ROZAS J.C. SÁNCHEZ LORENZO S., *Curso de Derecho Internacional Privado*. 2º ed. Madrid. Civitas. 1995, pp. 383-390; y SOTO, A. *Temas Estructurales del Derecho Internacional Privado*. 3º ed. Editorial Estudio. Bs. As., 2014. cap. V.

11 Ver en general QUINTÍN, Alfonsín. *Teoría de Derecho Privado Internacional*. Montevideo. Editorial Idea SRL. 1982. pp., 59 y ss.

nacionales europeos están transfiriendo partes de su soberanía legislativa a la Unión Europea, pero al mismo tiempo conservando importantes poderes legislativos para sí mismos<sup>12</sup>.

Por otro lado, en un movimiento “descendiente” varias nuevas constituciones nacionales comienzan incipientemente a delegar funciones legislativas en sus provincias o regiones.

Baste pensar en los casos del Reino Unido, España, y en América Latina en Ecuador y Bolivia, donde se han producido significativas descentralizaciones legislativas.

Se produce así, la posibilidad de conflicto de leyes delimitado por un marco legal común. La diferencia entre el “derecho internacional privado” y el “conflicto de leyes internas” se da por el hecho que en el segundo caso las normas locales de los diferentes estados regionales pertenecientes a una misma unión política se desarrollan dentro de un marco constitucional común, y eventualmente cuentan con una corte suprema de justicia central con competencia para resolver posibles conflictos de jurisdicciones.

Si mantenemos el concepto clásico (moderno) de DIPR, estos casos no encuadrarían dentro del objeto del DIPR ya que no son “internacionales.” Sin embargo, si adoptamos un criterio más formalista o “normativista” y acentuamos el carácter “conflictual” antes que el “internacional” de la ciencia del DIPR, entonces las herramientas metodológicas de DIPR se pueden fácilmente extrapolar para la resolución de conflicto de leyes “internas.” Tanto argumentos históricos (i.e. el origen del DIPR), como argumentos comparatistas (el “conflict of laws” norteamericano, o el derecho “inter-regional” español), podrían avalar esta postura.<sup>13</sup>

12 Sobre las relaciones entre derecho comunitario y DIPR puede verse SOTO, A. *Temas Estructurales del Derecho Internacional Privado*. 3º ed. Editorial Estudio. Bs. As. 2014. Cap. XXI.

Ver asimismo, como ejemplo, el Artículo 3.4 del Reglamento de la UE, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), establece que

*Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo.*

13 Ver en este sentido el UCC § 1-105 y el Artículo 16 del Código Civil de España. Sobre el tema puede verse RODRÍGUEZ GAYAN, M. *Heterogeneidad y sistema en las relaciones entre Derecho Internacional Privado y Derecho Interregional*, en R.G.D. 1996. pp., 8081-8085; y GONZÁLEZ CAMPOS. “Los conflictos internos en el sistema español de Derecho internacional privado” en PEREZ VERA, E. (Dir.). *Derecho Internacional Privado*. Vol. I. Madrid.1998. p. 71. Para una visión crítica de esta postura ver FERNÁNDEZ ROZAS. SÁNCHEZ LORENZO S. *Curso de Derecho Internacional Privado*. 2º ed. Madrid. Civitas. 1995. pp. 94-95.

Más aun, incluso el clásico conflicto de leyes nacionales llamadas a resolver un caso internacional, hoy día también comienza delimitarse dentro de un incipiente, aunque aún difuso, marco jurídico global común, dado por los tratados internacionales sobre derechos humanos, y los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

### 3. DIPR y conflicto de leyes “públicas”

El DIPR clásico se ha enfocado paradigmáticamente en el conflicto de leyes nacionales de “derecho privado,” ya que las cuestiones “meramente” privadas podían quedar sometidas a la de un derecho extranjero, aplicado extra-territorialmente en el foro. El derecho público, por el contrario, estaba directamente relacionado con el ejercicio de la soberanía del estado, y por lo tanto era exclusivamente territorial. Esto es, un estado nunca permitiría la aplicación del derecho público de otro estado en su propio territorio, ya que ello implicaría una directa violación a su soberanía. Este principio está reflejado por ejemplo en la idea de la excepción de orden público del DIPR. Las cuestiones de soberanía fueron dejadas, por lo tanto, en los dominios del derecho internacional “público<sup>14</sup>.”

Sin embargo, aunque siempre en los márgenes, un poco escondido, el derecho público siempre ha sido parte del DIPR. Por ejemplo, algunas concepciones del DIPR incluyen las cuestiones sobre la nacionalidad de las personas dentro del objeto de DIPR. Entre nosotros, la categoría de “normas internacionalmente imperativas” como las llama el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, también conocidas como “normas de policía,” tienen un contenido principalmente publicista. Y la misma excepción de “orden público” antes mencionada, introduce expresamente los problemas de derecho público en los ámbitos del DIPR.

Y más claramente aun, toda el área de la determinación de la jurisdicción competente y la ejecución de sentencias son áreas públicas *par excellence*. Si estas áreas del derecho público son parte del DIPR, por qué entonces no incluir abiertamente las cuestiones vinculadas a los conflictos de leyes administrativas, fiscales y penales dentro del objeto del DIPR<sup>15</sup>.

14 Ver en general JOERGES, Christian. *The idea of a three-dimensional conflicts of law as constitutional law*, Recon Online Working Paper 2010/5, at [www.reconproject.eu/portalproject/RECONWorkingPapers.html](http://www.reconproject.eu/portalproject/RECONWorkingPapers.html)

MUIR-WATT, Horatia. *Op. cit.* p. 4, note 12.

15 Sobre el tema puede verse DODGE, William S. *Breaking the Public Law Taboo*, 43 *Harv Internat'l L J*, 2002, y el clásico estudio de MANN, F.A. sobre *Conflict of Laws and Public Law*, en *I Rec. des Cours.* 1972.

El único requisito para el Derecho Internacional “Privado” para incluir al derecho público dentro de su objeto es adoptar una postura más formal o “normativista,” que se centre más en los problemas conflictuales antes que los aspectos “privatistas” de las relaciones jurídicas internacionales.

Un ejemplo paradigmático sobre el empleo del conflicto de leyes en materia penal está dado por la Convención Interamericana sobre cumplimiento de condenas penales en el extranjero, ya que la ejecución de una sentencia penal es quizá la más cruda manifestación de la soberanía estatal. Los artículos VII.2 y VIII de dicha Convención es, formalmente, una típica norma de conflicto en el área penal

VII.2. Salvo lo dispuesto en el Artículo VIII de la presente Convención, la condena de una persona sentenciada trasladada se cumplirá conforme a las leyes y procedimientos del Estado receptor, inclusive la aplicación de cualesquiera disposiciones relativas a la reducción de períodos de encarcelamiento o de cumplimiento alternativo de las condenas.

VIII: El Estado sentenciador conservará su plena jurisdicción para la revisión de las sentencias dictadas por sus tribunales. Asimismo, conservará la facultad de conceder indulto, amnistía o gracia a la persona sentenciada. El Estado receptor, al recibir notificación de cualquier decisión al respecto, deberá adoptar de inmediato las medidas correspondientes.

#### **4. DIPR y conflicto de leyes inter-personales**

Como se ha venido desarrollando, el objeto del DIPR clásico consiste en la delimitación “territorial” de la aplicación de ley (ya sean estas leyes nacionales, o incluso internas, o públicas, como estamos proponiendo). Sin embargo, aun dentro de un mismo marco constitucional nacional, cierto grupo de personas, pertenecientes a cierto grupo étnico o religioso, pueden quedar sujetas a leyes especiales (formales o informales, i.e. a normas consuetudinarias), diferentes a la normas generales<sup>16</sup>.

Por ejemplo, de acuerdo a la nueva Constitución Política del Estado de Bolivia, 2009, los pueblos indígenas originarios tienen el derecho expreso al “ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su

---

16 Sobre el tema ver CIURO CALDANI, Miguel Angel. “Aportes para la comprensión del derecho privado de una nueva era (El Derecho Interpersonal como proyección del Derecho Internacional Privado - Contribuciones para la interdisciplinariedad interna del Derecho Afirmación de una sociedad pluralista”, en *Investigación y Docencia*. Rosario. vol. 43. 2010. pp. 21-35.

cosmovisión” (artículo 30.II(14)). La Constitución también establece un “Tribunal Nacional Plurinacional” (artículos 178-179), y tribunales indígenas que deben aplicar sus propios “derechos indígenas” (artículos 190, 191 *et seq*). En Argentina, la Constitución Nacional de 1994 expresamente reconoce los derechos de los pueblos originarios (art. 75, inc. 17), y el recientemente promulgado Código Civil y Comercial de la Nación, implementando el mandato constitucional, reconoce el derecho de propiedad comunitario a los pueblos indígenas (artículo 18).

Estos potenciales conflictos de leyes especiales pueden ser considerados típicas antinomias del sistema jurídico, y ser resueltos según los criterios clásicos para resolver antinomias, a saber: *lex specialis*, *lex posterior*, y *lex superior*. Sin embargo, cuando en una misma relación jurídica participan personas pertenecientes a distintos grupos se puede producir un conflicto de normas de igual jerarquía que requiera una solución conflictual. Por ejemplo un matrimonio entre personas de distintas comunidades indígenas. En el caso de Bolivia esto podría llevar a un conflicto de normas y a un conflicto de jurisdicciones<sup>17</sup>.

En esta línea, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, establece en su artículo 5 que: “los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.” Mientras que el artículo 46 (1), un poco en sentido contrario, establece que: “Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes<sup>18</sup>.”

---

17 Conflictos de leyes personales se presentan también los países nórdicos con relación a los pueblos Sami, y en Canadá y Estados Unidos, con relación a los diferentes pueblos originarios, y entre personas pertenecientes a diferentes etnias en Pakistán o India, o Israel, por ejemplo. En este sentido, la Constitución de Estados Unidos establece que el Congreso tiene poderes para “*regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes*” (Section 8.(1) y (3))

18 Esta expansión de los problemas conflictuales ha sido claramente advertida por la profesora MUIR-WATT, quien sostiene que

*...if private international law has traditionally remained aloof from debates on the democratic legitimacy of the rules with which it deals, it is no doubt because such an issue is solved implicitly in state-centered methodologies as a threshold matter, by excluding any law elaborated by entities which*

¿Como armonizar esta aparente contradicción normativa que no es ya “territorial”, sino “personal”? De nuevo, podemos en este caso volver a mirar la función del DIPR durante la edad media, cuando los “bárbaros” germanos y los “civilizados” romanos continuaron estando sujetos a sus propias leyes personales, que no se aplicaban como “leyes extranjeras” sino como parte del derecho local<sup>19</sup>.

## 5. DIPR y conflicto de normas de derecho internacional público

Como se ha visto, el DIPR clásico se ha focalizado en la delimitación de los ámbitos de validez territorial de la aplicación de ley nacional. Como es sabido también, actualmente se celebran cada vez más y más tratados internacionales en una multiplicidad de áreas. Muchas veces estos tratados internacionales se superponen en sus respectivas áreas de aplicación territorial, personal, temporal y material. Aunque estos problemas pueden ser resueltos según los principios generales del derecho de los tratados, pueden todavía presentarse problemas de “conflictos de tratados,” que estos principios no puedan resolver.

Por ejemplo, el establecimiento de Acuerdos Regionales de Comercio (ARC), como el NAFTA o el MERCOSUR, en paralelo con la Organización Mundial de Comercio (OMC) puede llevar a conflictos normativos entre las reglas emitidas por estas las distintas organizaciones, así como conflictos de jurisdicciones entre los tribunales de estas organizaciones. De nuevo, estos conflictos normativos no son necesariamente territoriales, pero la metodología del DIPR puede contribuir en la coordinación de los mismos.

En estas áreas podría ayudar el diseño de normas de conflicto estableciendo puntos de conexión que indiquen la aplicación de un tratado

---

*do not conform to the definition of State as accepted in public international law. In Savigny's initial formulation of "multilateralist" methodology, only the states belonging to a closed "community of laws" cemented by common cultural (religious, linguistic and legal) tradition were actually able to participate in the allocation of prescriptive authority, since the model of such allocation was drawn up on the basis of shared and exclusive legal categories. No "true conflicts" were conceivable here. When the ambit of savignian methodology was extended worldwide or "universally" to laws beyond the cultural pale, the lines of community were redrawn as between states and non-states, thus excluding infra-state and trans-state communities. This exclusion created undeniable tension in cases involving multiple religious communities, or non-recognised states, or claims by indigeneous people ; but by and large, while carving out exceptions, the positivist model remained intact." MUIR-WATT, Horatia. Op. cit.*

19 Ver en general BOGGIANO, A. Op. cit. p. 16.

en particular. Excepto que estos puntos de conexión no podrían ser “territoriales” o “personales,” ya que no funcionarían en este contexto, pero podrían ser puntos de conexión funcionales, institucionales, o procesales, indicando la aplicación de determinada rama, o área, del derecho internacional antes que la otra<sup>20</sup>.

De nuevo, una concepción clásica sobre DIPR no podría dar cuenta de estos problemas, pero si una concepción más formal o “normativista.”

## 6. DIPR y las Organizaciones Internacionales

¿Qué ley rige a las Organizaciones Internacionales (OIs)? ¿Qué juez es competente para entender en un caso contra una OI? Las OIs son sujetos de derecho internacional establecidos por tratados y reglados por el derecho internacional público, y como tales, protegidos por inmunidad de jurisdicción, por lo tanto no están sometidos a ninguna ley ni juez nacional.

Un acuerdo entre una IO y un estado es un tratado, lo mismo que un acuerdo entre dos IO es un tratado, y por lo tanto, en principio sujeto al derecho internacional público.

Acuerdos entre IOs y personas privadas o empresas, dada la inmunidad de jurisdicción que gozan las OIs, tampoco están sujetos a ninguna ley ni juez nacional, solo vagos principios generales o “*to its own terms and conditions, without reference to any national law,*” como establecen comúnmente los contratos tipo de las OIs.

A diferencia de los estados nacionales, para las OIs no existe la distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, entonces todos los actos realizados por una OI, aun los más mundanos contratos comerciales, son excluidos de la jurisdicción nacional y sometidos solo al derecho internacional.

Pero a medida que las OIs se multiplican en número y asumen más y más funciones operativas (no solo diplomáticas), entran más y más en

20 Ver sobre este punto PAUWELYN, Joost. *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*. New York: Cambridge University Press. 2003, and GRAEWERT, Tim. *Conflicting Laws and Jurisdictions in the Dispute Settlement Process of Regional Trade Agreements and the WTO*, 1(2) *Contemp. Asia Arb. J.* 287. MILLS, Alex. *The confluence of public and private international law : justice, pluralism and subsidiarity in the international constitutional ordering of private law*. Cambridge University Press. 2009. spec. p. 16 et seq. Y FERNÁNDEZ ARROYO, D. “Algunas reflexiones acerca de las relaciones entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público” en *Suplemento del Derecho Internacional Privado y de la Integración*. Bs. As. Albrematica. 2012. Cita: eldia.com DC18BA.

contacto con el mundo nacional, o “real.” Necesitan celebrar contratos para cumplir sus fines, y pueden producir daños en el cumplimiento de esos mismos fines. La inmunidad de jurisdicción en caso de un contrato de alquiler de una oficina, o el daño producido por un accidente automotor parecería, hoy día, completamente fuera de lugar.

Existe ya una tendencia y una presión creciente para someter a las OIs en ciertos casos a la ley y a los jueces nacionales. Pero en estos casos la pregunta es: ¿a cuáles? El DIPR puede y debe dar aquí una respuesta también<sup>21</sup>.

## 7. ¿“Nacional” o “internacional” por la voluntad de las partes?

Además de los desafíos presentados por los conflictos de leyes “inter-nos,” otra cuestión relacionada pero al mismo tiempo diferente, esta también sacudiendo las bases fundacionales del DIPR. Esta cuestión se refiere a que es una “relación internacional.” Aunque este es sin duda un viejo debate<sup>22</sup>, en virtud de dos desarrollos más o menos recientes el tema requeriría una nueva mirada.

Primero, el Artículo 3.3 del Reglamento de la UE, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), establece que “cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo.” De este modo, se permite la elección de una ley extranjera a un caso interno.

En forma similar, parecería que es ahora posible caracterizar a un contrato como “internacional” basado solo en la voluntad de las partes. En este sentido, el Artículo 1.2 (c) de la Ley modelo de la Uncitral sobre arbitraje comercial internacional establece que un “arbitraje es internacional” si “(c) las partes han *convenido* expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.” (las negritas son mías).

Las leyes nacionales sobre arbitraje basadas en la ley modelo de la Uncitral han copiado y pegado en los derechos nacionales esta postura. Por ejemplo, el art. 2 (1) de la Nova Lei de Arbitragem of Brazil (1996) es

21 Sobre las organizaciones internacionales como sujetos del DIPR ver FERNÁNDEZ ROSAS. *Op. cit.* p. 65.

22 Ver por ejemplo DELAUME, G. R. *What is an International Contract? an American and a Gallic Dilemma*, *International and Comparative Law Quarterly*. Volume 28. Issue 02 April 1979. pp 258-279.

aplicable tanto a casos internos como internacionales, permitiendo libremente a las partes elegir las “reglas” aplicables al caso. Esto es, con el simple artilugio de insertar una clausula compromisoria, las partes podrían por simple voluntad “internacionalizar” un caso interno, y con ello escapar de la aplicación de las normas jurídicas establecidas por el legislador (democrático) del país. Sin embargo, el mismo caso, si no es sometido a arbitraje, no permitiría la elección del derecho aplicable. La contradicción valorativa y de política legislativa es flagrante.

Es decir, como vimos más arriba, uno de los fundamentos básicos del DIPR es determinar el derecho nacional aplicable a un caso internacional, pero hoy día la misma noción de lo que debe considerarse internacional parecería estar en crisis. Los límites entre lo nacional y lo internacional parecerían borrarse en muchos casos, sin que ello obste la generación de conflicto de leyes.

## **8. DIPR, *lex mercatoria*, derecho comunitario y normas imperativas supra-nacionales**

Más o menos concurrentemente, tres nuevas fuentes del derecho están cambiando las bases y el contenido del DIPR.

En primer lugar, en la Unión Europea, la nueva normativa supra-nacional comunitaria está cambiando substancialmente la forma de regulación de las relaciones privadas, las que quedan sometidas al derecho nacional aplicable y las directivas supranacionales de la UE. Esto además de lo visto más arriba sobre el marco común cuasi federal donde se desarrolla el conflicto de leyes europeas<sup>23</sup>.

Encontramos además a las fuentes trans-nacionales, es decir normas que no son producidas por parlamentos nacionales, ni tampoco son normas de derecho inter-nacional. Estas normas trans-nacionales privadas son heterogéneas. Algunas son originadas más o menos espontáneamente a través de usos y costumbres (y categorizadas como la nueva “*lex mercatoria*”). Sin embargo, estos usos y costumbres transnacionales, son generalmente aplicados de una forma muy, demasiado, flexible. En general, ni los árbitros ni los jueces prueban la existencia y validez de tales costumbres, no se establece si existe una práctica generalizada en la población, que viene seguida durante por largo periodo de tiempo. En si, tal criterio

---

23 Ver supra capítulo 1.

de flexibilidad no sería criticable, pero si una costumbre no probada puede aplicarse sobre una ley formal, entonces serios cuestionamientos sobre la validez de tales “costumbres” deberían responderse<sup>24</sup>.

Otro tipo de normas transnacionales son producidas deliberadamente por organizaciones privadas como la Cámara de Comercio Internacional, u organizaciones intergubernamentales como la *Organisation for Economic Co-operation and Development* (y categorizadas bajo el la denominación “soft law”)<sup>25</sup>.

Desde otra perspectiva, si bien las normas de policía o imperativas de DIPR son normas típicamente nacionales, tendientes a proteger las instituciones básicas del estado, hoy día se puede observar un incremento de normas imperativas de carácter internacional o supranacional emanadas de tratados (incluidos los tratados derecho humanos y los tratados de derecho comercial), del derecho comunitario, e incluso de las resoluciones de las Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas<sup>26</sup>.

Por ejemplo la Resolución 1267 (1999) adoptada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, decide que todos los Estados

“b) Congelarán los fondos y otros recursos financieros, incluidos los fondos producidos o generados por bienes de propiedad de los talibanes o bajo su control directo o indirecto, o de cualquier empresa de propiedad de los talibanes o bajo su control, que designe el Comité establecido en virtud del párrafo 6 infra, y velarán por que ni dichos fondos ni ningún otro fondo o recurso financiero así designado sea facilitado por sus nacionales o cualquier otra persona dentro de su territorio a los talibanes o en beneficio de ellos o cualquier empresa de propiedad de los talibanes o bajo su control directo o indirecto, excepto los que pueda autorizar el Comité en cada caso, por razones de necesidad humanitaria”.

“7. Insta a todos los Estados a que actúen estrictamente de conformidad con las disposiciones de esta resolución, independientemente de la existencia de derechos conferidos u obligaciones impuestas en virtud de un acuerdo inter-

24 Ver GIMÉNEZ CORTE, C. “*Lex Mercatoria, International Arbitration and Independent Guarantees: Transnational Law and How Nation States Lost the Monopoly of Legitimate Enforcement*”. *Transnational Legal Theory*. Volume 3. Number 4. 2012. pp. 345-370(26).

25 Ver en general ALL, Paula y ALBORNOZ, J. “Desarrollo del Soft Law e impacto de las normas internacionalmente imperativas en el comercio internacional” (con relación a algunos instrumentos contractuales”) en *Anuario Argentino de Derecho Internacional XX, Revista de la Asociación Argentina de Derecho Internacional*. Córdoba. Lerner Editora. 2011. pp. 235-283.

26 Ver el curso de la Prof. BOSCHERINO, Merina. *The Private International Law Dimension of the Security Council's Economic Sanction* en la Academia de la Haya en 2012.

nacional o un contrato firmado, o de cualquier licencia o permiso concedido antes de la fecha de la entrada en vigor de las medidas previstas en el párrafo 4 supra.”

¿Cuál es la naturaleza de estas resoluciones? ¿Cómo ellas interactúan con el derecho nacional y con el derecho internacional? ¿Pueden estas resoluciones contradecir el derecho nacional?

Todas estas fuentes, que son efectivas, deben ser entendidas, su ámbito de aplicación determinado, y su validez formal y legitimidad establecida. Y, una vez más, es el DIPR la ciencia jurídica mejor preparada para responder a estos desafíos.

## 9. Derecho Internacional Privado y Tecnologías de la Información

Las tecnologías de la información (IT, según su sigla en inglés) han cambiado y continúan cambiando drásticamente la forma en que los abogados trabajan. Entre todas las aéreas que han sido profundamente influenciadas por las IT, incluyendo el *e-commerce*, el marco jurídico de Internet, el litigio on-line, propiedad intelectual, y muchos otros, este ensayo va a analizar tres temas que impactan directamente la teoría general del DIPR.

### 9.1 El contenido del derecho extranjero

Como se desarrolló antes, las normas de conflicto constituyen un particular tipo de normas desarrolladas para “indicar” la ley nacional aplicable al caso. Dicho así, el funcionamiento de la norma de conflicto es muy fácil de entender. Sin embargo, cualquier abogado practicante sabe que el mecanismo de las norma de conflicto no es fácil de implementar en la realidad, ya que la determinación del contenido del derecho extranjero es extremadamente difícil de lograr.

Pongamos un caso extremo. Imaginemos el trabajo de un juez en Tokio durante la década del ´60 tratando de obtener una copia de la ley de matrimonio de Jordania, que era la ley aplicable al caso. Esta búsqueda era muy difícil, lenta, y cara. Se necesitarían exhortos pidiendo informes a ser diligenciados a través de la embajada de Jordania en Japón, traducciones, legalizaciones, estampillados, y mucho más. Ante semejante complejidad, es probable que el juez haya encontrado alguna formalidad para no aplicar derecho extranjero y aplicar en su lugar el derecho japonés. El caso,

por supuesto, habría tenido una solución distinta si el derecho jordano hubiese sido aplicado.

Hoy día, las cosas son totalmente diferentes. Internet permite el acceso inmediato e ilimitado a todas las leyes, e incluso a todas las sentencias judiciales del mundo, y con ello contribuye decisivamente a la aplicación concreta del DIPR<sup>27</sup>. La facilidad y rapidez de acceso al contenido del derecho extranjero, y su consiguiente posibilidad de aplicación en el foro, multiplica exponencialmente la cantidad de casos que pueden resolverse aplicando derecho extranjero.

## 9.1.1 Notificaciones Electrónicas

Normalmente, una notificación al exterior ha sido extremadamente difícil, lenta, cara, e incierta. Cualquier acto jurídico que haya tenido que ser notificado en el exterior ha tenido que seguir un proceso extremadamente burocrático de diligenciamiento de exhortos internacionales, legalizaciones, autenticaciones, traducciones, visitas a consulados, embajadas y autoridades centrales.

Como en el caso de la determinación del contenido del derecho extranjero, las IT han cambiado las cosas de manera radical. Los actuales proyectos de notificación electrónica de documentos jurídicos, y en algunos casos la directa aceptación de notificaciones por e-mail, o los proyectos de *on-line dispute resolution* (ODR) está facilitando y acelerando estos procesos, y con ello haciendo más común, ordinario, fácil, y barato el litigio internacional, al punto que en algunos caso ya no habría diferencias entre las notificaciones electrónicas domesticas con las internacionales<sup>28</sup>.

Tanto la facilidad de acceso al derecho extranjero, como la facilidad generada por el litigio online, que parecerían ser inicialmente meros datos técnicos, están impactando en el centro del DIPR, transformando al DIPR en una rama del derecho de aplicación cotidiana, y por lo tanto forzando a la ciencia del DIPR a proveer respuestas.

Sin embargo, Internet y las IT pueden también contribuir a complicar las cosas, como se verá a continuación.

---

27 Ver sobre el tema GERMAIN, Claire M. "Worldwide Access to Foreign Law: International & National Developments Toward Digital Authentication". 2012. *Working Papers. Paper 1*. <http://scholarship.law.ufl.edu/working/1>.

28 Ver sobre el tema BROWNING, John G. *Served Without Ever Leaving the Computer, Service of Process Via Social Media*, Tex. Bar J. March 2010 en <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.barjournals/texbarj0073&id=1&size=2&collection=texbarj&index=texbarj>.

### 9.1.1.1. Internet y la agravación de la fragmentación del derecho aplicable

Como dijimos antes, existe una multiplicación de los potenciales sistemas jurídicos aplicables a una misma relación jurídica. Y si bien por un lado Internet ha facilitado el acceso al derecho extranjero y con ello la determinación del derecho aplicable eliminado la incerteza sobre el mismo, en otros casos Internet ha agravado el problema de la fragmentación del derecho aplicable.

Por ejemplo, si una persona domiciliada en México contrata online los servicios de GoDaddy (uno de las más grandes empresas de registro de nombres de dominio en Internet) en Estados Unidos, este contrato va a estar sujeto a las siguientes normas:

- los términos y condiciones del mismo contrato, celebrado por adhesión y *online* entre el contratista y Godaddy,
- las leyes de Arizona, US, de acuerdo al párrafo 19 del contrato,
- a las leyes locales aplicables (en nuestro caso las leyes mexicanas aplicables), de acuerdo al párrafo 18 del contrato,
- a las leyes donde los servidores de Godaddy estén ubicados, de acuerdo al párrafo 3(2) del contrato.
- a las normas de copyright, marcas, y patentes de US y los países extranjeros, y otras normas sobre propiedad intelectual de US o extranjeras, de acuerdo al párrafo 5 (1) del contrato.
- a las *"US Exports Law"* de acuerdo al párrafo 17 del contrato.
- a las (no-nacionales) normas de la *"Internet Corporation for Assigned Names and Numbers ("ICANN")"*, de acuerdo al artículo 1 de las reglas de resolución de disputas de Godaddy,
- a las leyes de Delaware, US, donde Godaddy está incorporada,
- y finalmente a *"all applicable local, state, national and international laws, rules and regulations"* de acuerdo al párrafo 4(1)) del contrato<sup>29</sup>.

Como se demostró antes, la globalización multiplica los posibles derechos aplicables a un caso, como paradigmáticamente lo demuestra el contrato tipo de Godaddy, el que ni siquiera por aplicación de la autonomía de las partes en la aplicación del derecho puede evitar que el contrato quede

---

29 Para los términos y condiciones estándar del contrato de Godaddy ver <http://www.godaddy.com/search/domains.aspx?isc=gofp2001eb>

sujeto a “*all applicable local, state, national and international laws, rules and regulations.*”

El DIPR aquí también puede proveer su arsenal metodológico para determinar el derecho aplicable a un contrato en apariencia tan fragmentado. Una mejor utilización de la autonomía de la voluntad, o la precisa determinación del derecho indicado por las normas de conflicto subsidiarias, y siempre teniendo en cuenta la normas imperativas, contribuiría sin dudas a brindar un marco legal a dicho contrato.

## **10. Derecho Internacional Privado: democracia vs. nomocracia, a modo de conclusión**

La aplicación del derecho extranjero en el foro ha sido explicada y justificada desde varias perspectivas. Sin embargo, todavía no ha sido convincentemente explicado porqué una ley extranjera que no fue sancionada por el parlamento (democrático) nacional puede ser, sin embargo, aplicada en el foro nacional.

Formalmente podría decirse que hay una habilitación expresa del legislador nacional, al precisamente promulgar la norma de conflicto que permite la aplicación de la ley extranjera, pero así y todo resulta difícil justificar la legitimidad de la aplicación de esa ley foránea.

En particular, la aplicación de la ley extranjera parece ir directamente en contra del principio de *publicidad*, y, más aun, del principio de *legalidad*, que son principios básicos del estado democrático moderno<sup>30</sup>.

Si bien el sistema jurídico ha desarrollado ciertos mecanismos de control del derecho extranjero o internacional, estos mecanismos no parecen suficientes.

Por ejemplo, un juez solo podría rechazar la aplicación del derecho extranjero si viola, flagrantemente, el orden público nacional o una norma internacionalmente imperativa. Y, así mismo, el control que realiza un juez al reconocer una decisión extranjera es solo un control procesal formal.

---

30 Como famosamente ha sostenido el Prof. CURRIE ... *choice between the competing interests of co-ordinated states is a political function of a high order, which ought not, in a democracy, to be committed to the judiciary, ... the court is not equipped to perform such a function; and the Constitution specifically confers that function to the Congress.* CURRIE, Brainerd. "The Constitution and the the Choice of Law: Governmental Interests and the Judicial Function," 26 *University of Chicago Law Review* 9 . 1958. p.272. Sobre derecho global y democracia, ver en general GALGANO, F. "Los caracteres de la juridicidad en la era de la globalización" en SILVA, J.A. (coord.). *Estudios sobre la lex mercatoria. Una realidad internacional.* México. UNAM. 2005. pp. 123-135.

Por otro lado, la ratificación de un tratado internacional por el parlamento nacional es, también, solo un procedimiento formal.

Es decir, al momento de la aplicación del derecho extranjero o del derecho internacional en el sistema jurídico nacional, no se realiza un control sustancial sobre el contenido y la legitimidad originaria de ese derecho extranjero o internacional. Estos derechos, se remarca, no han sido creados por el parlamento (democrático) nacional.

El déficit democrático es todavía más profundo en el caso del derecho comunitario, donde la cadena de delegaciones desde la autoridad nacional hacia la supranacional hace prácticamente ficticio el original mandato democrático.

Y el déficit democrático es definitivamente más grave en el caso del derecho “trans-nacional” que es el producto de normas privadas y no oficiales, y por lo tanto no sujeta a ninguna clase de control constitucional<sup>31</sup>.

Los procesos de desnacionalización y privatización del derecho que se analizaron antes, han recurrido a instituciones jurídicas tales como el arbitraje comercial internacional, para escapar de la jurisdicción nacional, o a fuentes tales como los usos y costumbres, para escapar de la aplicación de ley.

El DIPR, sin embargo, cuenta con las herramientas conceptuales necesarias para controlar y limitar esa trans-nacionalización del derecho, y así crear legitimidad global. En otras palabras, así como el DIPR proveyó herramientas legales que facilitaron las trans-nacionalización del derecho, y su consiguiente deslegitimación, el DIPR cuenta con las herramientas para volver a vincular al derecho no-nacional con el nacional.

La primera herramienta está dada por la forma de aplicación de los procesos de reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros, los que deberían someterse a un escrutinio no solo formal, como actualmente acaece, sino también sustancial. Debería abrirse la posibilidad de revisión del mérito de las decisiones extranjeras, y sobre todo de los laudos arbitrales, asegurarse la aplicación del principio de razonabilidad de las decisiones para evitar la arbitrariedad de las mismas.

Las normas internacionalmente imperativas del foro como la de los terceros estados, así como la aplicación de la excepción del orden público, deben recobrar todo su potencial de aplicación, precisamente en la defensa de los intereses públicos que estos institutos intentan proteger.

---

31. Sobre el tema de la legitimidad democrática del derecho extranjero y el internacional ver BLACK, Julia. “Constructing and contesting legitimacy and accountability in polycentric regulatory regimes” en *2 Regulation and Governance* 137. 2008.

Más aún, el DIPR, a través de las normas de conflicto, sirve para indicar la “ley” aplicable. Esto es, una norma de conflicto esta formalizada en una ley dictada por el legislador democrático del foro, que llama a aplicar otra ley, extranjera sí, pero también, asumimos, dictada por el parlamento democrático del país extranjero. La situación jurídica “internacional” queda así regulada por alguna ley nacional, democrática<sup>32</sup>.

Esta función del DIPR debe reforzarse por sobre la aplicación de vagos usos y costumbres que en pocos casos son aplicados como tales. Si se van a aplicar usos y costumbres por sobre una ley nacional y democrática, los mismos deben probarse según los criterios clásicos de determinación de las costumbres: una conducta practicada por una gran cantidad de personas, durante un largo periodo de tiempo, con la convicción que es jurídicamente obligatoria. Si dichos supuestos no se dan, no se configuraría entonces una costumbre jurídica.

La globalización ha provocado al mismo tiempo fragmentación y deslegitimación del sistema jurídico. El DIPR es la disciplina jurídica mejor preparada para reconstruir un sistema jurídico global legítimo. El DIPR solo tiene que aceptar el desafío.

---

32 Para un análisis sobre el tema ver RODI, F. “Private Law beyond the democratic order? On the legitimacy problem of “private law beyond the state”’ 56 *American Journal of Comparative Law* 743. 2008.

## Referencias bibliográficas

- AA.VV. "Principios objetivos y métodos del Derecho Internacional Privado: balance y perspectivas de una década" en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 45, N° 2, 1993
- ALL, Paula y ALBORNOZ, J. "Desarrollo del Soft Law e impacto de las normas internacionalmente imperativas en el comercio internacional (con relación a algunos instrumentos contractuales)" en *Anuario Argentino de Derecho Internacional XX, Revista de la Asociación Argentina de Derecho Internacional*. Córdoba. Lerner Editora. 2011. pp. 235-283.
- BOGGIANO, A. *Derecho Internacional Privado*. 3° Ed. Vol. I. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 1991
- CIURO CALDANI, M.A. "Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado" en *Fundación para las Investigaciones Jurídicas*. Rosario. Argentina.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. *Derecho Internacional Privado, una mirada actual sobre sus elementos esenciales*. Córdoba, Argentina. Ed. Advocatus. 1998.
- FERNÁNDEZ ARROYO, D. "Algunas reflexiones acerca de las relaciones entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público" en *Suplemento del Derecho Internacional Privado y de la Integración*, Bs. As. Albrematica. 2012. Cita: eldia.com DC18BA.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., y SÁNCHEZ LORENZO, S. *Curso de Derecho Internacional Privado* 2° ed. Madrid. Civitas. 1995.
- FISCHER-LESCANO, Andreas and TEUBNER, Gunther. "Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law". 25 *Michigan Journal of International Law* 999. 2004.
- GALGANO, F. "Los caracteres de la juridicidad en la era de la globalización" en SILVA, J.A. (coord.) *Estudios sobre la lex mercatoria. Una realidad internacional*. México. UNAM. 2005. pp. 123-135.
- GOLDSCHMIDT, Werner. "Sistema y filosofía del Derecho Internacional Privado" 2° ed. Tomo I, II y III. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1952.
- GRAEWERT, Tim. "Conflicting Laws and Jurisdictions in the Dispute Settlement Process of Regional Trade Agreements and the WTO". 1(2) *Contemp. Asia Arb. J.* 287.
- PAUWELYN, Joost. *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*. New York. Cambridge University Press. 2003.
- KAHN-FREUD, O. "General Problems of Private International Law" en *Recueil des cour.* La Haya. 1974-III.
- MUIR-WATT, H. "Private International Law as Global Governance: Beyond the Schize, from Closet to Planet" en: [http://works.bepress.com/horatia\\_muir-watt/1](http://works.bepress.com/horatia_muir-watt/1) (2012)
- SOTO, A. *Temas Estructurales del Derecho Internacional Privado*. 3°ed. Buenos Aires. Editorial Estudio. 2014.
- TEUBNER, G. "Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems" en *The American Journal of Comparative Law* 45. 1997. pp. 199-217.

- TEUBNER, G., "Global private regimes: Neo-spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors in World Society" in LADEUR, Karl-Heinz (ed.). *Public Governance in the Age of Globalization*. Ashgate. Aldershot 2004. pp. 71-87. available at [http://www.jura.uni-frankfurt.de/l\\_personal/em\\_profs/teubner/person\\_englisch/publikaengl/index.html](http://www.jura.uni-frankfurt.de/l_personal/em_profs/teubner/person_englisch/publikaengl/index.html), accessed on 28 September 2012, p. 1.
- WENGLER, W. "The general principles of private international law" en *Recueil des Cours*. 1961 III 104. pp. 273-469.

## Cristián Giménez Corte

Doctor en Derecho (Universidad Nacional de Rosario), Abogado (Universidad Nacional del Litoral), Profesor de Derecho Internacional Privado (Universidad Nacional del Litoral), Chair of the Private International Law Interest Group, American Society of International Law (ASIL), Director of the Academic Council of the United Nations System (ACUNS)

---

### REGISTRO BIBLIOGRÁFICO

Cristián Giménez Corte

«LA FUNCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN: UN MANIFIESTO JURÍDICO», en *Papeles del Centro de Investigaciones*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNL, publicación semestral, año 6, número 17, Santa Fe, República Argentina, 2016, pp. 83–106.