

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



## PUNTOS DE CONEXIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

LIC. JOAQUÍN TACSAN CHEN

No pocos autores señalan que el Derecho Internacional Público tiene poca injerencia en la conformación de las normas de Derecho Internacional Privado.<sup>1</sup> Ello no puede ser cierto desde el propio momento en que se habla de un orden público internacional, en el sentido de que algunos principios de Derecho Internacional Público, especialmente aquellos con carácter de "ius cogens" son tomados en cuenta a manera de referencia general, por los diferentes Estados al momento de plantearse la conformación de sus respectivos Ordenamientos Jurídicos y además, la posibilidad de aplicar o de no aplicar una ley extranjera contraria a estos. En el primero de los casos, mediante el cumplimiento de obligaciones internacionales adquiridas conforme al Derecho Internacional general y convencional, y en el segundo, a través de la oposición de la excepción de "orden público" a la ley extranjera, con vocación de ser aplicada a situaciones del tráfico externo, que podría atentar contra la consistencia y homogeneidad del Ordenamiento Jurídico del Estado requerido de su aplicación.

En los tiempos presentes no es extraño pensar en que el legislador interno, a la hora de establecer las normas del Derecho Internacional Privado de su ordenamiento, "actúa en parte como legislador internacional o en funciones de tal",<sup>2</sup> limitado por normas de Derecho Internacional general y convencional. En este último sentido van algunas recomendaciones como la del PROYECTO DE BENELUX de Derecho Internacio-

nal Privado al legislador, al decir: "redactad vuestras disposiciones jurídicas de Derecho Internacional Privado de tal modo que puedan ser aceptables para cualquier otra legislación".<sup>3</sup>

Por otra parte, es tácitamente aceptado en la comunidad internacional que aquel Estado que persista en aplicar siempre su propio ordenamiento y su propia jurisdicción a todas las situaciones con elementos extranjeros, prácticamente estará violando el Derecho Internacional, o al menos, el principio de la cooperación internacional. Y si bien es cierto que no existe una obligación internacional "strictu sensu" para todos los Estados en cuanto a cooperar internacionalmente (comity), también lo es el hecho de que una atribución desproporcionada de la legislación y la jurisdicción propia de un Estado a situaciones del tráfico externo (internationally improper fora o supuestos de jurisdicción excesiva), con toda seguridad no habría de ser reconocida por los otros Estados. Considérese tan sólo que esta preocupación de los Estados por evitar la parcialidad y la inseguridad jurídica, explica que los mismos desarrollen continuos esfuerzos en el plano convencional "en orden a facilitar la eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales, entre los que destacan los llevados a cabo por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Convenio de Bruselas, de 27 de setiembre de 1968, entrado en vigor el 1 de febrero de 1973, sobre competencia judicial y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil."<sup>4</sup>

1. K. LIPSTEIN. *Rec. Hague*, 1972 p. 173. E. Philip. *Rec. Hague*, 1978, p. 16.

2. MIAJA DE LA MUELA. Citado por CARRILLO SALCEDO. *Derecho Internacional Privado*. Tecnos, Madrid 1983, p. 64.

3. En *Revue Critique de Droit International privé*. 1951, p. 710 y ss.

4. CARRILLO SALCEDO. *Op. cit.*, p. 71. También *Recueil Des Conventions (1951-1980)*, Edité par le Bureau Permanent de la Conférence.

Aquellos que defienden la escuela internacionalista del Derecho Internacional Privado, consideran comprobada la existencia de algunos principios de la costumbre internacional que tienen relación con el Derecho Internacional Privado, a saber:

1. Que todo Estado debe tener un sistema de Derecho Internacional Privado;
2. Que los Estados no deben excluir la aplicación de ninguna ley foránea, cuando así lo establezca su propia norma de atribución;
3. Que los Estados podrían excluir la ley extranjera sobre la base del "order public";
4. Que ningún Estado ha de imponer sus propias reglas relativas al estatuto personal sobre personas que son meramente residentes temporales;
5. Que los inmuebles son reglados por la "lex situs", y los derechos sobre muebles adquiridos en virtud de una "lex situs" previa, deben ser respetados;
6. Que la forma de los actos se rige por la "lex loci actus".<sup>5</sup>

En este mismo sentido la propia Corte Internacional de Justicia ha afirmado que el Derecho Internacional Privado, si bien generalmente forma parte del Derecho nacional de cada Estado, al mismo tiempo ha admitido que el Derecho Internacional Público puede contener normas de costumbre concernientes a problemas del Derecho Internacional Privado.<sup>6</sup>

De lo que nadie duda es de la existencia de una gran cantidad de instrumentos normativos internacionales, tratados multilaterales y bilaterales que regulan materia del Derecho Internacional Privado. Precisamente en virtud de que los Estados sienten la necesidad imperiosa de seguir la tendencia de inspiración internacional en el sentido de "armonizar las propias soluciones con las de otros sistemas jurídicos y conseguir un cierto grado de homogeneidad legislativa, por entenderse que de esta forma que un sistema de Derecho Internacional Privado logrará con mayor perfección la estabilidad y seguridad del comercio jurídico internacional."<sup>7</sup> Véase entonces, que a través de los tratados internacionales se refuerza la idea de que el Derecho Internacional Privado se convierte en materia del Derecho Internacional Público, como aspecto de interés y relevancia internacional, acen- tuándose de esta manera el carácter internacional

de esa disciplina. De tal manera que no es exacto afirmar, como lo hacen algunos autores, que el Derecho Internacional Privado sea únicamente interno, ni el que el Derecho Internacional Público no involucre aspectos del Derecho Internacional Privado. El propio afán de cooperación internacional, de seguridad y certeza jurídica en el tráfico externo y en las relaciones privadas internacionales, además del de uniformidad que hemos mencionado, obliga a los Estados a convenir y a pactar sobre reglas claras de coordinación entre los distintos sistemas jurídicos, mediante las cuales cada uno de ellos se delimita y a la vez establece la medida en que admite la aplicación de un Derecho extranjero en determinados supuestos.

Las materias regladas en los tratados internacionales, es decir, acuerdos entre sujetos del orden jurídico internacional, son por lo general de índole muy variada y abarcan temas específicos, como los convenios surgidos de las conferencias que se han llevado a cabo en La Haya y en las conferencias especializadas sobre Derecho Internacional Privado Interamericanas, algunos de alcance limitado y de carácter meramente recíproco, otros más bien generales, comprensivos, y de aspiración internacional como es el caso del Código de Bustamante, ratificado por países del Continente Americano pero abierto al acceso de cualquier país del mundo. Valga mencionar entre las primeras los convenios sobre procedimiento civil del 1 de marzo de 1954, sobre la competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores del 5 de octubre de 1961, sobre conflictos de leyes en materia de formas de las disposiciones testamentarias del 5 de octubre de 1961, concerniente al reconocimiento y ejecución de decisiones relativas a las obligaciones alimenticias del 2 de octubre de 1973; las convenciones interamericanas sobre Exhortos o Cartas Rogatorias del 20 de febrero de 1978, sobre recepción de pruebas en el extranjero, sobre conflicto de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas y sobre arbitraje comercial internacional del 9 de febrero de 1978.

Podríamos decir que las finalidades de las convenciones y tratados internacionales que nos interesan, bien pretenden uniformar entre los Estados partes las diferentes conexiones, puramente enfocando normas de conflicto o atribución, o de otra forma, buscan establecer normas sustantivas que directamente regulen las situaciones más fre-

5. K. LIPSTEIN, *op. cit.*, p. 169, y, P. KLEIN, *Archiv fur burgerliches Recht*, 29 (1906), p. 102.

6. Permanent Court of International Justice. Judgement 14. Series A. Ns. 20/21, p. 41.

7. PÉREZ VERA ELISA, citada por J. A. CARRILLO SALCEDO, *Derecho Internacional Privado*. Tecnos, Madrid 1983, p. 119.

cuentas o más problemáticas en una determinada actualidad internacional de índole privada. El caso de los primeros encuentra un buen ejemplo en aquellos que se refieren a conflictos en materias de cheques, letras de cambio, sociedades, procedimiento civil. Entre los segundos podemos incluir prácticamente todos aquellos que conforman el Derecho Mercantil Internacional o *jus mercatorum*, como el Convenio de La Haya relativo a ley uniforme sobre la venta internacional de objetos muebles corporales del 1 de julio de 1964.

No obstante que el logro de una uniformidad absoluta es algo inalcanzable, porque como afirmara Malaurie, es difícil unificar efectivamente el Derecho entre Estados que siguen siendo independientes.<sup>8</sup> Por técnica que pudiera ser en apariencia, una norma jurídica es siempre la traducción de una política y la uniformidad jurídica supone por tanto una política común, esto es, una unidad de soberanía política que por definición queda excluida en la situación actual del Orden internacional; pero que además, decía Malaurie, para que una ley fuese verdaderamente uniforme habría que regir sociedades de un mismo desarrollo económico y de civilización equivalentes, lo que desde luego no siempre ocurre. A lo expuesto hemos de agregar, que las normas internacionales tienen la desventaja, frente al método de atribución de las normas de carácter interno, de que su incorporación y aplicación efectiva depende de la superación de los procedimientos de ratificación y del hecho de que aún los convenios multilaterales y abiertos, no pueden pretender ser adoptados y ratificados por una razonable mayoría de países, sino que por lo general se convierten en convenciones de carácter regional, si acaso entran en vigor.

Pareciera entonces que el conflicto de leyes, entendido como método de solución de problemas que involucran situaciones con elementos extranjeros o del tráfico externo, sigue jugando un papel preponderante, sin que haya podido, ni pueda nunca ser sustituido por un Derecho uniforme de aplicación y carácter internacional. Las normas de atribución de los Estados cumple, si bien no en forma total, un rol irreductible en la solución de los conflictos del tráfico externo.

Siguiendo a Carrillo Salcedo diremos que una de las más importantes contribuciones de las normas materiales internacionales de Derecho Internacional Privado a esta misma disciplina radica en

que no puede seguir reducida al conflicto de leyes, confundida e identificada con uno de sus métodos: el de atribución.<sup>9</sup> Esto, a pesar de lo antes mencionado en el sentido de que aun así no es posible prescindir por completo de ese conflicto de leyes de carácter interno, como método del Derecho Internacional Privado.

La búsqueda de la uniformidad a través del Derecho Convencional Internacional, ha dado sus grandes frutos especialmente en materia del Derecho Mercantil Internacional (*jus mercatorum*, *Lex Mercatoria*). La propia práctica comercial ha dado un enorme empuje a esta labor de unificación, ante la necesidad en los tiempos modernos de una mayor certeza y seguridad jurídicas en negociaciones cada día más complejas. De esta manera surgen contratos-tipo, condiciones generales-tipo, las convenciones propiciadas por la Organización de las Naciones Unidas, las reglamentaciones para la unificación de procedimientos en materia de arbitraje comercial privado internacional, los Incoterms, los contratos tipo de la London Corn Trade Association, etc.

Sin embargo, como afirmáramos antes, este "bien deseable", para usar las palabras del profesor Carrillo Salcedo, que sería la uniformidad de por lo menos algunas regulaciones sobre materias específicas de nuestra disciplina, tiene grandes límites, a saber: a) Ese derecho uniforme solo tiene cabida cuando los diferentes ordenamientos estatales están dispuestos a aceptarlo en virtud de sus similares condiciones económicas, sociales y políticas. No creemos que los países socialistas compartan del todo los fundamentos de libre comercio que inspiran muchas de estas convenciones; b) Existe el gran riesgo de que ese derecho uniforme responda a los intereses de los más poderosos, en contra de los intereses de los más débiles, situación que se agrava desde la perspectiva de que a nivel internacional no hay una autoridad, como la estatal, que ponga coto o control a posibles inequidades e injusticias surgidas de un proceso de negociación inequitativo de la convención. En este sentido el profesor Batiffol nos advierte que "también en ese medio hay fuertes que pueden abusar de su poder, las multinacionales, por ejemplo, y débiles que es preciso proteger".<sup>10</sup>

Otra contribución del Derecho Convencional Internacional al Derecho Internacional Privado, podría considerarse que es el servir de directriz y guía heurística para los legisladores de los Estados,

8. MALAURIE PHILLIPE. Citado por CARRILLO SALCEDO, *op. cit.* p. 121.

9. CARRILLO SALCEDO. *Op. cit.*, p. 123.

10. Citado por CARRILLO SALCEDO. *Op. cit.*, p. 127.

al momento de formular sus respectivas normativas en la materia. Si no véase el impacto que algunas convenciones de La Haya han tenido en el proceso de uniformación de las normas de Derecho Internacional Privado en Latinoamérica.<sup>11</sup> El futuro cercano habrá de darnos aún mayor cantidad de ejemplos en este sentido.

Por último valga mencionar como una contribución de los Tratados y del Derecho Internacional en general al Derecho Internacional Privado, la discreta acogida de las normas de Derecho Público extranjero por parte de los ordenamientos internos, mediante la acción de normas de atribución en este sentido específico, en contra de la antigua posición territorialista en relación con las normas de Derecho Público, calificadas algunas veces como leyes políticas o de excepción. Ha dicho el profesor Miaja de la Muela que "la posibilidad de aplicación o, más cautelosamente, se toma en consideración, de leyes extranjeras de Derecho Público, que hace pocos años sonaría a herejía jurídica, viene impuesta por la creciente intervención en la vida de los negocios de disposiciones en materia monetaria, de legislación antimonopolios, de seguridad social, de carácter fiscal, etc."<sup>12</sup> En este sentido, el Estado puede verse obligado por un convenio internacional a conceder alguna eficacia a ciertas leyes extranjeras de Derecho Público, y en este sentido sería la regla convencional la encargada de precisar si esta eficacia se reduce a una simple cooperación, como suele ocurrir en materia fiscal o de seguridad social, o si se extiende a una aplicación indirecta, e incluso directa, de la norma extranjera de naturaleza pública. Por ejemplo el artículo VIII, 2 b) del Convenio de Bretton Woods, constitutivo del Fondo Monetario Internacional establece una regulación sobre los contratos de cambio y obliga a los Estados contratantes a ajustar sus controles internos en ese sentido.<sup>13</sup> En ese mismo sentido, el profesor Carrillo Salcedo afirma que: "...si se piensa en la transcendencia que para el tráfico externo tienen las normas estatales en materias tales como control de cambios, regulación del comercio exterior, seguridad social, expropiaciones, nacionalizaciones, etc., sobre todo en un mundo en el que la creciente internacionalización de la vida es un hecho indiscutible, se comprenderá mejor la urgente necesidad

de que, también en estas materias regidas por normas de Derecho Público, las exigencias de la cooperación internacional queden satisfechas: un cauce para ello lo constituyen los convenios internacionales...".<sup>14</sup> De esta forma, los tratados internacionales, como fiel reflejo del principio de cooperación internacional, abre las puertas para nuevas posiciones y concepciones del Derecho Internacional Privado, regulando directa o indirectamente situaciones del tráfico externo que antes no era posible concebir.

Todo parece indicar que las necesidades de la vida moderna va haciendo necesaria la desaparición de la clásica distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, haciéndose extensivo tal fenómeno al Derecho Internacional. Hoy en día es más fácil prever la fuerte tendencia hacia la internacionalización de la vida privada de consumo con los asuntos que normalmente son considerados como de carácter público.

## BIBLIOGRAFÍA

- CARRILLO SALCEDO J. A. *Derecho Internacional Privado*. Tecnos, Madrid, 1983.
- Bureau Permanent de la Conférence. La Haye, Recueil de Conventions (1951-1980).
- KLEIN P. *Archiv für burgerliches Recht*, 29 (1906).
- LIPSTEIN K. *Curso General de Derecho Internacional Privado*. Recueil de Cours, Hague, 1972.
- MIAJA DE LA MUELA. *Derecho Internacional Privado*. Tomo I, Madrid, 1979.
- MIAJA DE LA MUELA A. *El Derecho Público extranjero en el tráfico privado internacional*. Revista española de Derecho Internacional. Vol. XXV, 1972.
- PARRA ARANGUREN G. *Conflict of Laws Conventions in Latin America*. Hague Recueil de Cours, 1979.
- PÉREZ VERA ELISA. *Derecho Internacional Privado*. Parte Especial. Tecnos, Madrid, 1980.
- PÉREZ NIETO LEONEL. *Derecho Internacional Privado*. Harla. Segunda Edición, México, 1980.

11. Para un estudio pormenorizado de ello véase G. PARRA ARANGUREN. *Conflict of Laws Conventions in Latin America*. Rec. Hague 1979, p. 87 y ss.

12. MIAJA DE LA MUELA. *Derecho Internacional Privado*, I. Madrid, 1979, p. 527.

13. MIAJA DE LA MUELA, A. "El Derecho público extranjero en el tráfico privado internacional". Revista española de Derecho Internacional, vol. XXV, 1972, p. 281.

14. CARRILLO SALCEDO. *Op. cit.*, p. 36.

## Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

PHILIP E. *Curso General de Derecho International Privado*. Recueil de Cours. Hague, 1978.

RIGAUX FRANÇOIS. *Derecho Internacional Privado*. Parte General. Civitas, Madrid, 1985.

\*\*\*