

# Revista Mexicana

DERECHO INTERNACIONAL  
PRIVADO Y COMPARADO



Academia Mexicana de  
Derecho Internacional  
Privado y Comparado

N° 48 Octubre 2022



**Revista  
Mexicana**  
DERECHO INTERNACIONAL  
PRIVADO Y COMPARADO

**Director**

James Graham

**Consejo Editorial**

Presidente: Leonel Pereznieto Castro (UNAM).  
Miembros: Jorge Alberto Silva Silva (UACJ), José Carlos Fernández Rozas (Universidad Complutense de Madrid).  
Miembro del *Institut de Droit International*, Bernardo M. Cremades (Cremades & Asociados, Madrid), Eduard Picand Albónico (Universidad de Chile), Jürgen Samtleben, (Instituto Max Planck, Hamburgo), Fausto Pocar (Universidad de Milán, Miembro del *Institut de Droit International*).

**Consejo Consultivo**

José Luís Siqueiros †, Laura Trigueros Gaisman †, Alejandro Ogarrío R. E., Francisco José Contreras Vaca, Loretta Ortiz Ahlf, Ligia González Lozano Roberto Rendón Graniell, Mario de la Madrid Andrade, María Virginia Aguilar, Carlos Odriozola Mariscal.

**Comité de revisión**

Erick Pérez Venegas, David Carrizo Aguado, María Mayela Celis Aguilar, Rosa Elvira Vargas Baca.

*La Revista fue fundada por Alejandro Ogarrío siendo Presidente de la Amedip en 1996, y se encargó de ella como editor a Leonel Pereznieto Castro durante 25 años hasta 2021, con el objetivo de difundir al Derecho Internacional Privado y Derecho comparado.*

**Advertencia:**

*El contenido y la redacción de los textos son de la única responsabilidad de los autores. Se autoriza la reproducción parcial o total del contenido de esta Revista, siempre y cuando se cite la fuente legal.*

**Correspondencia:**

James Graham:

[graham@jamesgraham.legal](mailto:graham@jamesgraham.legal)

## INDICE

### DOCTRINA

EL DERECHO MARÍTIMO, UNO DE LOS MODELOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Dr. Leonel Pereznieto Castro 6

ANÁLISIS COMPARADO DE LAS NORMAS DE CONFLICTO DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA MATERIALMENTE ORIENTADAS A LA PROTECCIÓN DEL TITULAR DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EL MARCO DE UNA TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL ILÍCITA

Alfonso Ortega Giménez 13

LA NATURALEZA DE LAS REGLAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COMO EXPRESIÓN DE SU PRAGMATISMO JURÍDICO

Alfonso José Luis Marín Fuentes 31

DÉPEÇAGE: UN FENÓMENO COMÚN EN LA ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE<sup>60</sup>

Willis L. M. Reese 60

### JURISPRUDENCIA

Ley aplicable a la responsabilidad civil objetiva 77

### NOTAS

Responsabilidad civil de vendedores y fabricantes de armas

Jorge Alberto Silva 79



DOCTRINA

---

## EL DERECHO MARÍTIMO, UNO DE LOS MODELOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO<sup>+</sup>



Dr. Leonel Pereznieto Castro\*

### I. Introducción

“Hablar de la historia externa de la navegación es hablar de la historia misma de la civilización y del comercio; cuando las normas comerciales procuraban esforzadamente, a través de los usos, tomar la fijeza de instituciones jurídicas, las normas del mar constituían ya un conjunto independiente, observado por todos los pueblos navegantes.”<sup>1</sup>

Efectivamente, si bien las leyes para regular a la sociedad fueron anteriores, la diferencia y que me servirá para este trabajo, es analizar la naturaleza de ambos tipos de normas jurídicas; por una parte, las leyes terrestres tienen que ver con la necesidad de su aplicación para regular la conducta de la sociedad, espacialmente limitada por el territorio sobre el cual se ejerce soberanía. Las normas en el Derecho Marítimo en cambio, surgieron desde el principio, como de aplicación no estatal, fueron reglas que, con la costumbre de la navegación y sus usos, desde el principio, se fueron formulando y prueba de ello son las primeras recopilaciones. Con el tiempo, estas compilaciones pasaron a ser normas estatales; sin embargo, es importante enfatizar, las normas marítimas surgieron de las necesidades propias de la

---

<sup>+</sup> Ponencia presentado en el III Foro virtual hispanoamericano sobre derecho marítimo internacional privado.

\* Profesor titular de Derecho Internacional Privado en el Centro de Estudios Internacionales de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México, investigador emérito del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología y representante emérito de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México, ante las Conferencias Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado (desde 1975) UNCITRAL (desde 1976) y de La Haya ( desde 1984).

<sup>1</sup> Gonzales Lebrero R. (1964). *Manual de Derecho de la Navegación*. Depalma,2.

navegación y de ahí que se regulan las conductas marítimas que se realizan dentro del gran espacio que es el mar. Vamos a ver en una primera parte, algunas normas marítimas que nos servirán de ejemplo y que por su estructura y objetivos son diferentes a las normas tradicionales; por esas mismas características, se puede decir que el Derecho Marítimo constituye un modelo para el DIPr tradicional, por el tipo propiamente dicho de normas internacionales que el DIPr moderno estudia. Asimismo, el tema de la jurisdicción, que en el Derecho Marítimo obedece a principios diferentes y el caso de la *Lex Mercatoria* y su cercanía con el Derecho Marítimo, que será el tema de la segunda parte.

## II. La Naturaleza Normativa del Derecho Marítimo

Se trata de normas para regular la navegación y las necesidades propias de la construcción de buques, las obligaciones del armador, obligaciones y derechos de los dueños de la carga, fletantes y fletadores, el *Ship Mortgage* etc., de lo que se desprende que sus fines son muy específicos y al mismo tiempo, diferentes del quehacer cotidiano de la sociedad. La navegación misma, que tiene el objetivo de dirigirse a uno o a varios puertos, previamente determinados y principalmente, con motivo del comercio. El comercio marítimo en sus orígenes con frecuencia se realizaba entre diversos puertos, cuyas leyes se debían obedecer mientras se estuviera en puerto; este comercio es lo que entendemos hoy, por comercio internacional. Este punto es muy importante porque los usos y costumbres marítimas fueron concebidas, como ya lo mencionamos, desde sus inicios con un ámbito no estatal. Un ejemplo lo tenemos en el caso del “*General Average*” institución de creación y de naturaleza marítima que se incorporó al derecho inglés y de los Estados Unidos, por consiguiente, a través de los Art. VIII y IX de los Roles de Olerón<sup>2</sup> con un ánimo abierto y es de esa manera, como esas recopilaciones fueron siendo estatizadas, se empezó a mostrar la diferencia, como sabemos que hoy, salvo estados mediterráneos, las reglas, directrices y demás normatividad, marítimas que siempre se han usado, fueron incorporadas a los órdenes jurídicos de los países navegantes, para regular su comercio marítimo.

Desde que el comercio se trasladó por mar, siempre ha habido un amplio margen para el riesgo, en especial para la mercancía que se trasportaba en embarcaciones que nosotros veríamos como muy endebles y sin la previsión del tiempo que tenemos hoy en día, se enfrentaban a todas las contingencias del mar. En torno a ese riesgo se produjeron reglas para regularlo y ya desde la edad media, apareció una de las primeras y grandes recopilaciones, El Consulado del Mar (1063, Triani, Italia). Seis siglos después en 1681 con Luis XIV, se redactaron Las Ordenanzas de la Marina “que agregó normas de origen adriático y tirreno otras de fuente nórdica y hanséatica. Este cuerpo legal fue ordenado en sus cinco libros y

---

<sup>2</sup> “Roles de Olerón (en francés Rôles d'Oléron) o Juicios de Olerón (Jugements d'Oléron) es la denominación historiográfica de unos textos legislativos promulgados por Leonor de Aquitania en 1160”, en:

constituyó un verdadero Código de Navegación, comprendiendo todos los aspectos de la materia, tanto privados como públicos”<sup>3</sup>

En el momento en que el Estado francés hizo suya buena parte de esta normatividad, la estatizó y transformó esos usos y costumbres marítimas recopiladas con profusión en derecho francés del mar; sin embargo, a través de la historia hay claridad que no obstante las codificaciones de las numerosas reglas de mar, estas continúan surgiendo en el momento que un uso o una costumbre sea creada o modificada por la necesidad de la práctica de la navegación y así, surgen todos los días, en los diferentes sitios del mundo, como necesidades o experiencias que deben ser tomadas en cuenta para prevenir y apoyar a la navegación y con ella al comercio marítimo.

Al moldearse el Derecho Marítimo de esta forma dinámica, los cambios son más frecuentes y esos cambios que se suceden son para conocimiento de los navegantes, principalmente. La naturaleza internacional del Derecho Marítimo tiene su contraparte en las legislaciones modernas del mundo que regulan al comercio marítimo y también me refiero a su naturaleza internacional, que es la más nos interesa para los efectos de este trabajo; no sin observar que el Derecho Marítimo legislado, derecho local ajustado a los parámetros estatales, es por naturaleza limitado y en muchos casos, la codificación se anquilosa, no así en las jurisdicciones de derecho consuetudinario en donde los tribunales lo van enriqueciendo y actualizando.

La codificación, por otro lado, tiende puentes con otros sistemas jurídicos mediante la Regla de Conflicto que les sirve de enlace con otros órdenes jurídicos; además, su objeto de estudio se ha extendido al amplio concepto de la *Lex Mercatoria*, en donde se debe estudiar al Derecho Marítimo como uno de los instrumentos principales del transporte de mercancías en el mundo y analizar su producción normativa, que por su propia naturaleza será una normatividad dispuesta a incorporar a los nuevos usos y costumbres, porque serán estos principalmente, fuente de nuevas normas internas, otras de esas normas, quedarán como normatividad internacional, es decir, normas marítimas internacionales no incorporadas en los derechos nacionales por la frecuencia que se crean en las actividades de navegación en todo el mundo y por así convenir más a los usuarios del comercio. Es esta normatividad internacional, la flexible, la que se genera y aplica en los buques y en sus travesías todo el tiempo y en diferentes espacios geográficos, un modelo indudable para el DIPr. en varios aspectos: en la generación y en el uso de la normatividad internacional y en especial, el uso de las instituciones exclusivas internacionales del Derecho Marítimo. Existen, por otro lado, varios ejemplos que nos pueden ayudar a entender cómo se lleva a cabo la jurisdicción.

Un primer ejemplo, es la existencia de diferentes instituciones que le son propias y que rigen la vida marítima desde la perspectiva del Common Law. Así tenemos, los contratos tipo para la venta o

---

<sup>3</sup> Shoenbam Th. (1994). *Admiralty and Maritime Law*, 2a ed. West Group, 4

construcción de buques<sup>4</sup>; los contratos tipo de fletamento<sup>5</sup>, con todas sus modalidades; los efectos jurídicos de las colisiones de buques en el mar y las maniobras de salvamento de tripulaciones y de buques y, los contratos para desarrollar las tareas de salvamento y las limitaciones de la responsabilidad marítima, la contaminación por petróleo y su régimen de responsabilidad, la regulación de los trabajadores y de las tripulaciones marinas. Las bases de responsabilidad en el caso de los pasajeros por vía marítima, el pilotaje del barco y su régimen (La Cláusula de Pilotaje), que son, entre otras instituciones y procedimientos, nacidos de las necesidades del tráfico jurídico internacional marítimo, de ahí que sus reglas internacionales tengan la atención del DIPr. Para la determinación de los tribunales competentes.

Es también importante señalar, que en la actividad jurisdiccional internacional existe plena admisión de los formatos para regular varios de los retos que enfrenta la navegación marítima, que en realidad son declaraciones que constituyen contratos de adhesión, tales como tales como, el New York Produce Exchange Form o la Lloyd's Standard form of Salvage Agreement, y otros formatos más, que son contratos tipo conforme a los cuales, la UNCITRAL continuó esa tradición hasta el presente<sup>6</sup> y en ese punto existe una gran coincidencia entre el DIPr y el Derecho Marítimo internacional, a través del análisis de Lex Mercatoria, que pueda hacerse y donde las coincidencias son numerosas.

Hay que agregar al tema de la jurisdicción la que se lleva a cabo por el derecho estadounidense, que, junto con el derecho inglés, van a la cabeza en el mundo marítimo y son ilustrativos.

Se trata de tribunales que tienen una amplia jurisdicción en materia marítima que incluye a los trabajadores de mar y sus derechos en materia marítima y tienen como el resto de la jurisdicción estadounidense, facultades para declarar la excepción del Forum *Non Conveniens*. Por ejemplo, un tribunal debe considerar las características del caso ya sea aplicando la doctrina y sobre todo, su discrecionalidad que solo puede ser juzgada por tribunales de apelación, si hubo un abuso de esa discrecionalidad., Ésta es precisamente la discrecionalidad necesaria para que algún día, los jueces en México con motivo de la aplicación de la ley extranjera en el momento de llevar a cabo la calificación, con base en esa ley extranjera, puedan tener esa discrecionalidad.

Otro ejemplo, colindante al DIPr. es el son de los principios marítimos y reglas marítimas que se incorporan, como la ley extranjera aplicable, al orden jurídico nacional, como puede ser *la hipoteca marítima* sobre una nave, de la que, su registro, determinación en la prelación del cobro<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Sobre este tema, ver: Hill Ch. (1998). *Law*, 3ª ed. LLP, 70sq.

<sup>5</sup> *Idem.* pág. 28

<sup>6</sup> Tales como los contratos tipo de construcciones e instalaciones industriales o Cpntratación pública de bienes, obras y servicios públicos, etc.

<sup>7</sup> Pereznieta del Prado L. (1999). *Perspectivas del proceso de armonización internacional en materia de garantías del buque*. Tesis. Universidad Iberoamericana.

Un ejemplo más de una institución que derivó del instituto del Privilegio en el derecho romano, es, el Privilegio Marítimo como figura única de esta materia.

Por ejemplo, el Privilegio Marítimo para el cobro del crédito que se prestó para la construcción del buque, ya que se trata de fomentar la construcción de buques y con ello al comercio marítimo<sup>8</sup>.

El Derecho Marítimo por su antigüedad y sobre todo, por elevado número de navegaciones, ha desarrollado figuras jurídicas internacionales propias, como ya señalamos como el General Average, la hipoteca marítima, el fletamiento y otras que pueden llegar a tener coincidencia con el DIPr, pero sobre todo que abre la posibilidad para el DIPr, que tiene mucho que aprender del Derecho Marítimo, institución prehistórica y explorar más las coincidencias a través del análisis que, en este sentido se pueda hacer a través de la *Lex Mercatoria* que es el tema de la segunda parte.

### III. La *Lex Mercatoria* y el Derecho Marítimo

El concepto moderno de *Lex Mercatoria* puede analizarse a partir de dos fuentes: una fuente descriptiva y otra fuente de fondo. El Profesor Clive Schmitthoff, en un artículo publicado en 1961<sup>9</sup> se refiere al concepto descriptivo, al decir que dentro de todo ordenamiento jurídico interno, algunas leyes y reglamentos rigen los principios del derecho internacional privado, especialmente los procedimientos de arbitraje comercial internacional". El profesor Schmitthoff sostiene que dentro del sistema de *Common Law*, hay lugar para un mercader legal. Sobre el concepto que nos ocupa, en cuanto al fondo, el profesor Berthold Goldmann, por su parte, menciona que la *Lex Mercatoria* es una parte del derecho natural con alcance mundial que abarca todo el universo de las transacciones comerciales internacionales<sup>10</sup>. En un artículo posterior<sup>11</sup>, se refiere específicamente a este tema como una rama del derecho separada del derecho interno, identificada como la regla de derecho aplicable a los comerciantes. "*La Nouvelle Lex Mercatoria*", como la llama el profesor Goldmann, está vinculada a las mismas reglas desarrolladas durante la Edad Media aplicables a todos los comerciantes europeos. Se trata de una "ley transnacional que rige las transacciones comerciales internacionales o, en otras palabras, el estado de derecho específicamente para la comunidad mercantil. Al hacerlo, el estado de derecho mercantil internacional se establece completamente separado de la ley nacional. Dada la discrepancia mencionada anteriormente, y como siempre sucede con una propuesta conceptual novedosa, hay varios

---

<sup>8</sup> Alonso Ledesma C. (1995). *Los Privilegios Marítimos*. Ed. Civitas, 39.

<sup>9</sup> "International Business Law: a new law merchant", en *Current Law and Social Problems*, vol. 29, 1961

<sup>10</sup> Goldman, B. (1993). *Nouvelles Réflexions sur la Lex Mercatoria*, in: *Festschrift Pierre Lalive*. a.M., 241 et seq.

<sup>11</sup> FRONTIÈRES DU DROIT ET LEX MERCATORIA, en: *Revista de Arbitragem e Mediação* | vol. 22/2009 | p. 211 - 230 | Jul - Setpt/ 2009, en, *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional* | vol. 5 | p. 43 - 61 | Fev / 2012, Lisboa

pronunciamentos, el profesor Paul Lagarde, de la misma Universidad de París, sostiene que no existe una única *Lex Mercatoria* sino una amplia variedad de reglas de *Lex Mercatoria* específicamente aplicables a los sectores comerciales de la economía que tienen convenciones y usos especialmente diseñados para la conducción de sus negocios; por lo tanto, debe haber un número igual de *Lex Mercatorias* en todo el mundo destinadas a dar consistencia a las transacciones internacionales y lograr seguridad y certeza<sup>12</sup>.

Antes de analizar la *Lex Mercatoria*, primero identificaremos en qué medida esta doctrina forma parte de lo que se conoce como su “presencia en el campo social más que en el jurídico”.<sup>13</sup> En otras palabras, debe encontrarse no solo en las transacciones comerciales internacionales, sino también en el beneficio que puede traer al entorno social ya las instituciones internas de un país. Es en este contexto donde debe ser examinada e incorporada al ordenamiento jurídico interno de un país, teniendo como fuente a la *Lex Mercatoria*.

Con base en lo anterior, cabe mencionar que la *Lex Mercatoria*, al ser el origen de conjunto de reglas o al menos de una fuente de derecho diferente al derecho tradicional, ahora es parte de un ciclo de comercio internacional que se configura por normas modernas, salvo instituciones locales específicas, que con el tiempo serán difíciles de diferenciar de las disposiciones contenidas en los códigos de comercio, de las normas de la CNUDMI o de las normas de La Haya sobre comercio internacional. Es una nueva fuente de derecho basada en las profundas transformaciones jurídicas de las últimas décadas.

Dada la variedad de conceptos asociados a la *Lex Mercatoria*, mencionamos al análisis realizado Gunther Teubner,<sup>14</sup> quien nos refiere: “El concepto de *Lex Mercatoria* moderna como una jerarquía” y agrega “Hay un derecho privado transnacional sustantivo que opera en líneas similares y de manera similar entre partes privadas [ que] aún es menos objetable en la mente de muchos”. Negociar y cerrar negocios con sus pares, nos dice Dalhisen, involucra un área profesional, la de los operadores internacionales, participando a nivel mundial, especialmente en emprendimientos comerciales y financieros. Bajo esas circunstancias, *Lex Mercatoria* no es un área de la ley dominada por el gobierno; es no territorial, creada

---

<sup>12</sup> Lagarde P. (2007). Un análisis económico del derecho internacional privado, *Revue critique de droit international privé*, 665. Sobre este mismo tema se pueden consultar, *Lex Mercatoria* (New Merchant) globalization and international self-regulation, en, *Diritto del commercio internazionale*, Julio – Septiembre de 2000’. Págs.19 y siguientes; Varios autores (2020). *The New Lex Mercatoria and its sources*, Oxford University Press, 396; Daluisen J. (2019). *Comparative, commercial, financial and trade Law*. Hart Publishing, 250 y sigs; Galgano F. (2001). *Lex Mercatoria*. Il Mulino;

<sup>13</sup> Specially inside the EU, Bercusson B. (1997). Globalizing Labour Law: Transnational private regulation and countervailing actors, in Teubner G. *European Labour Law in: Global Law without State*. Brookfield, 133-178; Perezniato Castro L. (2022). *Derecho Internacional Privado, Parte general*, 11ª ed. Tirant Le Blanch., pág.335 y sigs.

<sup>14</sup> Teubner G. (1997), Legal Regimes of Global Non-state Actors in: *Global Law without State*, *op.cit.*, 276 y siguientes.

y sujeta a las necesidades de los operadores internacionales, y tiene sus propias reglas, las cuales están sujetas a cambios dependiendo de los tiempos y requerimientos específicos.

Podemos concluir que existen entonces grandes similitudes, al menos desde su creación, entre las reglas y leyes internacionales marítimas, que referimos en la primera parte de este trabajo y la *Lex Mercatoria*, la que nos puede ayudar para su análisis, en tanto normatividad internacional.

## ANÁLISIS COMPARADO DE LAS NORMAS DE CONFLICTO DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA MATERIALMENTE ORIENTADAS A LA PROTECCIÓN DEL TITULAR DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EL MARCO DE UNA TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL ILÍCITA



Alfonso Ortega Giménez\*

---

**Sumario:** I. Planteamiento. II. Regla general: *lex loci delicti commissi*. III. Excepciones a la regla *lex loci delicti commissi*. IV. Configuración de la norma de conflicto: posibles alternativas reguladoras: ley elegida por las partes o ley de residencia habitual del afectado por el tratamiento ilícito internacional de datos de carácter personal. V. Conclusión. VI. Bibliografía.

---

**Resumen:** La disparidad normativa encontrada entre las distintas regulaciones de los Estados Miembros de la UE en materia de responsabilidad civil extracontractual ante el tratamiento ilícito internacional de datos de carácter personal hace necesaria la búsqueda de una armonización material que permita garantizar una protección a aquellos perjudicados que han visto su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal vulnerado. Debido a esta problemática, en este trabajo se analizará el criterio

---

\* Vicedecano del Grado en Derecho, Profesor Titular de Derecho internacional privado de la Universidad Miguel Hernández de Elche; Director del Máster Universitario en Abogacía UMH-ICAE; Director de la Cátedra de relaciones Privadas Internacionales UMH-ICAO; Director del Observatorio Provincial de la Inmigración de Alicante; Socio-Director de COEX INTERNATIONAL TRADE.

general aplicado por la mayoría de Estados Miembros de la UE, *lex loci delicti commissi*. Así como las excepciones que aplican ciertos Estados miembros en aras de evitar las dificultades que presenta dicho criterio general, las cuales son: la ley elegida por las partes o la ley de residencia habitual del afectado en el momento del perjuicio.

**Palabras clave:** Protección de datos - responsabilidad civil extracontractual - ley aplicable.

**Abstract:** The disparity found between the different regulations of the EU Member States on non-contractual civil liability for the unlawful international processing of personal data makes it necessary to search for a material harmonisation that allows guaranteeing protection to those injured parties whose fundamental right to the protection of personal data has been violated. Due to this problem, this paper will analyse the general criterion applied by the majority of EU Member States, *lex loci delicti commissi*. As well as the exceptions applied by certain Member States in order to avoid the difficulties presented by this general criterion, which are: the law chosen by the parties or the law of the habitual residence of the affected party at the time of the damage.

**Keywords:** Data protection - non-contractual civil liability - applicable law.

\*\*\*

## I. Introducción

La diversidad de tradiciones jurídicas provoca no solo que las normas materiales protectoras del derecho a la protección de datos, sino que también las normas de conflicto nacionales de los Estados miembros de la UE difieran en su contenido. Mientras sólo unos pocos prevén normas especiales que regulen la cuestión de la ley aplicable en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual ante el tratamiento ilícito internacional de datos de carácter personal (= p. ej., Hungría, Lituania, Bélgica, Bulgaria o Rumania), la mayoría de Estados aplican las normas de conflicto generales referentes a la categoría jurídica de las obligaciones extracontractuales y algunos de ellos incorporan, como veremos, normas de

conflicto materialmente orientadas hacia la protección de la persona perjudicada (= p. ej., Eslovenia, Estonia, Hungría, Italia<sup>15</sup>, Portugal<sup>16</sup>, Lituania, Alemania, o Bulgaria)<sup>17</sup>.

Buena prueba de esta “disparidad normativa” entre los Estados miembros de la UE son los resultados ofrecidos al hilo del reciente *Cuestionario para el Estudio para la Comisión Europea relacionado con las obligaciones extracontractuales vinculadas al derecho a la vida privada y a la intimidad de las personas remitido a los Estados miembros de la UE*.<sup>18</sup> Dicho cuestionario puso de manifiesto que el legislador comunitario no puede quedarse de brazos cruzados, y buscar una alternativa viable, un punto de encuentro entre los distintos intereses presentes, que posibilite un acuerdo de consenso entre los Estados miembros de la UE. Esta disparidad de posibles soluciones exige la búsqueda de una armonización material, aunque sea mínima, que asegure un estándar de protección adecuado en todos los Estados miembros a los potenciales o eventuales perjudicados que han visto su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal vulnerado, consecuencia de una transferencia internacional de datos de carácter personal ilícita.

## II. Regla general: *lex loci delicti commissi*.

El criterio que se repite en la mayoría de los Estados miembros de la UE es el de la *lex loci delicti commissi* o ley del lugar donde se comete el ilícito. No obstante, su incorporación en los Derechos de los Estados miembros de la UE se hace de manera dispar:

a) En muchos de los Estados miembros la *lex loci delicti commissi* suele ir acompañada de excepciones que responden bien al reconocimiento de cierta operatividad de la autonomía de la voluntad de las partes, bien a las circunstancias de proximidad (= p. ej., la nacionalidad o residencia habitual común

---

<sup>15</sup> Vid. artículos 24.1 y 62 de la Ley nº 218 de Derecho internacional privado, de 31 de mayo de 1995.

<sup>16</sup> Vid. artículos 27.1 y 45 del Código Civil de Portugal.

<sup>17</sup> Vid. ÁLVAREZ RUBIO, J. (Dir.) (2009). *Difamación y protección de los derechos de la personalidad: ley aplicable en Europa*. Aranzadi Thomson Reuters. 129-133.

<sup>18</sup> Vid. Comparative study on the situation in the 27 Member States as regards the law applicable to non-contractual obligations arising out of violations of privacy and rights relating to personality. *JLS/2007/C4/028. Final Report*. February 2009. Disponible en: [http://www.opinion.eu.com/Privacy\\_VIP](http://www.opinion.eu.com/Privacy_VIP)

de las partes implicadas) que justifican la aplicación de una ley distinta, bien al criterio más flexible de los vínculos más estrechos<sup>19</sup>.

b) Mientras que en algunos Estados la *lex loci delicti commissi* se presenta como un criterio neutral, en otros la norma de conflicto se configura como una norma materialmente orientada, permitiendo a la persona perjudicada elegir, entre varias opciones tasadas, la aplicación de aquella ley que resulte más favorable a sus intereses.

c) Ante la disyuntiva que se plantea entre el lugar del hecho generador o acontecimiento causal del daño y el lugar de manifestación del daño algunos Estados parecen inclinarse a favor del primero, aunque, en la práctica no llegan a resolver por completo las dudas derivadas de esta diferenciación (= p. ej., casos de España<sup>20</sup>, Austria<sup>21</sup>, Polonia<sup>22</sup>, Luxemburgo<sup>23</sup>, o Suecia<sup>24</sup>).

d) Finalmente, no pocos de ellos se refieren tanto a la ley del lugar donde tiene lugar el acontecimiento causal (= residencia habitual del autor del daño) cuanto a la ley del lugar donde se

---

<sup>19</sup> Vid. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, *op. cit.*, pp. 135-136.

<sup>20</sup> Vid. artículo 10.9 del Código Civil.

<sup>21</sup> Vid. artículo 48 de la ley austriaca de 15 de junio de 1978 sobre el Derecho internacional privado, que señala que, en ausencia de elección de la ley aplicable por las partes, las controversias referentes a las obligaciones extracontractuales se rigen por la ley del estado en que se produce la conducta generadora del daño.

<sup>22</sup> Vid. artículo 31.1 y 2 de la ley polaca de Derecho internacional privado, que establece que una obligación extracontractual se rige por la ley del país en que tuvo lugar el acto que constituye la fuente de obligación.

<sup>23</sup> En Luxemburgo la responsabilidad del autor de un daño se rige por la ley del lugar donde se ha producido el acto causante del daño. Vid. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, *op. cit.*, p. 140.

<sup>24</sup> En Suecia la responsabilidad del autor de un daño se rige por la ley del lugar donde se ha producido el hecho generador del daño. Vid. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, *op. cit.*, pp. 140-141.

manifiesta el daño (= residencia habitual de la víctima), (= p. ej., en países como Italia<sup>25</sup>, Alemania<sup>26</sup>, Países Bajos<sup>27</sup>, República Checa<sup>28</sup>, Eslovaquia<sup>29</sup>, Francia<sup>30</sup>, Eslovenia<sup>31</sup>, Estonia<sup>32</sup>, o Portugal<sup>33</sup>).

---

<sup>25</sup> Vid. artículo 62.1 de la Ley nº 218 de Derecho internacional privado, que si bien establece como regla general que la responsabilidad derivada de un hecho ilícito se rige por la ley del estado donde se ha verificado el daño, la persona perjudicada podrá solicitar la aplicación de la ley del estado donde se haya verificado el hecho que ha causado el daño. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, op. cit., pp. 142-143.

<sup>26</sup> Vid. artículo 40 de la EGBGB, que dispone que las reclamaciones de daños y perjuicios por conductas ilícitas se rigen, en principio, por la ley del país en que se ha producido el acto ilícito; sin embargo, la persona perjudicada puede exigir que se aplique la ley del país en el que ha sobrevenido el resultado o se ha producido la violación del bien jurídico. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, op. cit., pp. 143-144.

<sup>27</sup> Vid. artículo 3.1 de la Ley sobre conflictos de leyes en materia de actos ilícitos, que establece que un acto ilícito se regirá por la ley del estado en que se produjera; ahora bien, cuando las consecuencias derivadas de un acto ilícito se sufren en un estado distinto de aquel en el que tuvo lugar podrá ser aplicada esta última ley. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, op. cit., pp. 145-146.

<sup>28</sup> Vid. artículo 15 de la Ley nº 97/1963, on *International Private and Procedural Law*, que establece que las reclamaciones compensatorias por los daños ocasionado sobre los derechos de la personalidad serán regulados por la ley del lugar donde los daños hayan tenido lugar o por la ley del lugar donde ha tenido lugar el hecho generador del daño. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, op. cit., p. 145.

<sup>29</sup> Vid. artículo 15 de la Ley nº 97/1963, on *International Private and Procedural Law*, que establece que las reclamaciones compensatorias por los daños ocasionado sobre los derechos de la personalidad serán regulados por la ley del lugar donde los daños hayan tenido lugar o por la ley del lugar donde ha tenido lugar el hecho generador del daño. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, op. cit., p. 145.

<sup>30</sup> En Francia las obligaciones extracontractuales se rigen por la ley del lugar donde se ha producido el hecho del que han nacido; y, en particular, en la jurisprudencia relativa a atentados contra la vida privada se ha optado por la ley del lugar de comisión de los hechos. Vid. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, op. cit., pp. 147-152.

<sup>31</sup> Vid. artículo 30 de la *Private International Law and Procedural*, que establece que para que sea aplicable la ley del lugar donde han sucedido los daños, dejando de lado la ley del lugar de comisión del acto generador del daño, por un aparte, ésta debe ser más favorable para la víctima y, por otra, debe ser predecible para el infractor que las consecuencias de su acto vayan a manifestarse en tal lugar. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, op. cit., pp. 152-153.

<sup>32</sup> Vid. artículo 50 de la *Estonian International Private Law*, que establece que si los daños no resultan evidentes en el estado donde haya tenido lugar el hecho generador del daño, se aplicará la ley del estado donde las consecuencias

### III. Excepciones a la regla *lex loci delicti commissi*.

La regla general de la *lex loci delicti commissi*, en sus diversas expresiones, es la que tiene mayor presencia en los Estados miembros de la UE en materia de responsabilidad civil extracontractual derivada de actos contra el derecho a la protección de datos de carácter personal. Sin embargo, en algunos Estados miembros se incorporan excepciones a esta regla general:

1<sup>a</sup>) Algunos Estados miembros admiten, bajo ciertas circunstancias, el juego de la autonomía de la voluntad de las partes en la elección de la ley aplicable: esta solución en los litigios derivados de la vulneración del derecho fundamental a la protección de datos, a nuestro modo de ver, tendrá escasa operatividad, fundamentalmente, porque nos encontramos ante litigios donde se enfrentan dos partes poco dispuestas a negociar, ya que la relación jurídica que les vincula tiene carácter litigioso desde su inicio (= p. ej., casos de Estonia<sup>34</sup>, Alemania<sup>35</sup>, Austria<sup>36</sup>, o Países Bajos<sup>37</sup>)<sup>38</sup>.

---

del acto resulten evidentes, siempre y cuando así lo solicite la persona perjudicada ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, *op. cit.*, pp. 153-154.

<sup>33</sup> Vid. artículo 45 del Código Civil portugués, que permite la aplicación de la ley del lugar donde se hay producido el daño, siempre y cuando: a) el autor del daño haya podido prever que su acto podría causar daños en ese estado; y, b) que la ley del estado donde transcurre la actividad principal causante del daño no considere responsable al autor de ese daño. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, *op. cit.*, pp. 154-156.

<sup>34</sup> Vid. artículo 54 de la *Estonian International Private Law*. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, *op. cit.*, pp. 181-182.

<sup>35</sup> Vid. artículo 40 de la EGBGB. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, *op. cit.*, p. 182.

<sup>36</sup> En Austria la autonomía de la voluntad se presenta como el primer criterio para determinar la ley aplicable; sólo en ausencia de dicha elección se aplicará el criterio del lugar donde se produce la conducta generadora del daño. Vid. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, *op. cit.*, p. 182.

<sup>37</sup> Vid. artículo 6 de la WCOD. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, *op. cit.*, p. 183.

<sup>38</sup> Vid. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, *op. cit.*, pp. 180-183.

2ª) En otros Estados miembros priman como punto de conexión la residencia habitual y/o nacionalidad de las partes: el vínculo de la residencia habitual (que aparece junto al criterio de la nacionalidad común en algunos ordenamientos jurídicos) es, a nuestro modo de ver, muy interesante en la materia que nos ocupa, ya que presenta los vínculos más estrechos con la relación al constituir el lugar común donde ambas partes desarrollan su vida y sus actividades (= p. ej., en Italia<sup>39</sup>, Alemania<sup>40</sup>, Polonia<sup>41</sup>, Países Bajos<sup>42</sup>, o Portugal<sup>43</sup>)<sup>44</sup>.

3ª) Otros Estados miembros de la UE prevén una cláusula de escape fundada en la existencia de vínculos más estrechos con otro estado: si la ley determinada conforme a la regla de la *lex loci delicti commissi* no presenta una conexión más estrecha con la relación y, sin embargo, existe claramente una

---

<sup>39</sup> Vid. artículo 62.2 de la Ley nº 218 de Derecho internacional privado. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, op. cit., pp. 184-185.

<sup>40</sup> En Alemania se exige que el causante del daño y la persona perjudicada tengan la misma residencia habitual, sin atender al elemento de la nacionalidad para que sea de aplicación la ley del lugar donde estos residen. Vid. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, op. cit., pp. 185-186.

<sup>41</sup> En Polonia se exige la concurrencia cumulativa de la nacionalidad común y del domicilio común en ese mismo estado. Si las partes son ciudadanos de un mismo país y tienen en él su domicilio será aplicable la ley de ese país, primando ésta sobre la regla general, de la ley del país en que tuvo lugar el acto que constituye la fuente de la obligación. Vid. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, op. cit., pp. 185.

<sup>42</sup> En Países Bajos se exige que el causante del daño y la persona perjudicada tengan la misma residencia habitual, sin atender al elemento de la nacionalidad para que sea de aplicación la ley del lugar donde estos residen. Vid. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, op. cit., pp. 185-186.

<sup>43</sup> Vid. artículo 453 del Código Civil portugués. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, op. cit., pp. 186-187.

<sup>44</sup> Vid. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, op. cit., pp. 183-187.

conexión respecto a otra ley, debe ser empleada esta última ley (= p. ej., en países como Eslovenia<sup>45</sup>, Estonia<sup>46</sup>, Alemania<sup>47</sup>, o Austria<sup>48</sup>)<sup>49</sup>.

4ª) Finalmente, otros Estados miembros prevén la aplicación de la ley de la residencia habitual de la persona perjudicada: el criterio de la *lex loci delicti commissi* puede conducir al lugar donde el perjudicado ha sufrido el atentado a su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, y donde suceden los efectos de forma más intensa (= residencia habitual de la persona perjudicada) (= p. ej., casos de Lituania<sup>50</sup>, Bulgaria<sup>51</sup>, o Rumania<sup>52</sup>)<sup>53</sup>.

---

<sup>45</sup> Vid. artículo 30.2 de la *Private International Law and Procedural Act*. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, *op. cit.*, pp. 187-188.

<sup>46</sup> Vid. artículo 53 de la *Estonian International Private Law*. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, *op. cit.*, pp. 188-189.

<sup>47</sup> Vid. artículo 41 de la EGBGB. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, *op. cit.*, p. 190.

<sup>48</sup> En Austria también se permite sustituir la aplicación de la ley del estado en que se produce la conducta generadora del daño por otra, en caso de que exista un vínculo más fuerte de las partes con la ley de ese otro estado. Vid. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, *op. cit.*, p. 190.

<sup>49</sup> Vid. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, *op. cit.*, pp. 187-190.

<sup>50</sup> En Lituania la opción de la ley de la residencia habitual de la persona perjudicada se presente junto a otras leyes entre las que debe elegir el propio perjudicado. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, *op. cit.*, pp. 191.

<sup>51</sup> En Bulgaria la opción de la ley de la residencia habitual de la persona perjudicada se presente junto a otras leyes entre las que debe elegir el propio perjudicado. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, *op. cit.*, pp. 191.

<sup>52</sup> Vid. artículo 112 de la Ley nº 105 of 22 September 1992 *on the Settlement of the Private International Law Relations*. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, *op. cit.*, pp. 191-192.

<sup>53</sup> Vid. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, *op. cit.*, pp. 191-193.

#### IV. Configuración de la norma de conflicto: posibles alternativas reguladoras: ley elegida por las partes o ley de residencia habitual del afectado por el tratamiento ilícito internacional de datos de carácter personal.

El punto de partida es que la protección de la víctima aconseja una coordinación entre la competencia judicial internacional y la ley aplicable. El recurso a la *lex loci delicti commissi* en esta materia puede provocar consecuencias muy distintas entre sí: por un lado, la aplicación de una multitud de leyes estatales al mismo caso (= una misma actividad delictual con un mismo sujeto y una misma víctima se convertiría en una pluralidad de obligaciones delictuales autónomas); por otro lado, la aplicación de una ley accidental, casual, vacía o fortuita (= una ley sin conexión alguna o con escasa conexión con el hecho dañoso)<sup>54</sup>.

En aras a aportar soluciones orientadas a evitar las dificultades de la *lex loci delicti commissi* en la determinación del derecho aplicable a la protección del titular del derecho a la protección de datos derivada de una transferencia internacional de datos de carácter personal ilícita podemos, en nuestra opinión, diferenciar dos soluciones prácticas: **ley de la residencia habitual del afectado en el momento del perjuicio vs. libre elección de la ley aplicable**<sup>55</sup>. Veamos cada una de ellas:

a) **Libre elección de la ley aplicable:** podemos optar por la **libre elección de la ley aplicable**, de forma que sea la víctima –y nadie más que ella–<sup>56</sup> la persona encargada de elegir la ley más favorable para sus propios intereses, ya que es la que se encuentra en mejores condiciones para hacerlo<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> *Vid.*, en el mismo sentido, CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Conflictos de leyes...*, *op. cit.*, pp. 157-161.

<sup>55</sup> Por el contrario, ESLAVA RODRÍGUEZ descarta el juego de la autonomía de la voluntad en esta materia y plantea como soluciones el recurso a la *lex fori* o a la *ley del lugar del domicilio de la víctima*. *Vid.* ESLAVA RODRÍGUEZ, Manuela, *La protección civil del derecho a la vida privada...*, *op. cit.*, pp. 137-147.

<sup>56</sup> Algunos autores abogan que sea el tribunal el que decida la ley aplicable, dependiendo de las circunstancias del caso y atendiendo, por ejemplo, a la nacionalidad común de ambas partes, residencia habitual, etc. *Vid.* FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, Silvia, “Competencia judicial internacional y ley aplicable a los supuestos de responsabilidad extracontractual de los intermediarios básicos de Internet”, *op. cit.*, p. 226.

<sup>57</sup> Eso sí, “para que la elección de ley sea válida deben respetarse dos límites: que el sujeto perjudicado realice la elección con posterioridad a la materialización del ilícito y que la ley seleccionada sea la del lugar del evento causal o la del lugar del hecho dañoso”. *Vid.* VINAIXA MIQUEL, Mònica, *La responsabilidad civil por contaminación transfronteriza derivada de residuos*, Servicio de Publicacions da Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2006, p. 488.

Conceder a la víctima la facultad de elegir la ley aplicable puede considerarse una solución más adecuada que el método de localización, según el principio de los vínculos más estrechos. El lesionado podría elegir entre la ley de su residencia habitual, la ley del lugar del resultado o la ley de la residencia habitual del causante del daño, de forma que todos los aspectos de la responsabilidad civil extracontractual queden sometidos a la aplicación de la ley elegida.

Las ventajas de que las partes, o a una de ellas, puedan elegir la ley aplicable son múltiples. La elección de la ley permitiría a las partes someterse al ordenamiento jurídico que mayor seguridad jurídica le dé y que mejor defienda sus intereses. Equilibraría la situación de desigualdad del poder de negociación de las partes. Son las partes las que poseen información sobre su relación y, en consecuencia, quienes mejor pueden determinar el ordenamiento jurídico que responda mejor a sus intereses económicos y jurídicos. Las partes podrían elegir cualquier ley, aunque la misma no presente ningún vínculo e, incluso, se trate de la ley de un Estado que sea miembro de la UE. Se eliminaría la pluralidad de Derechos potencialmente aplicables cuando los daños se manifestaran en más de un Estado.

Esta solución resulta interesante aunque en la práctica, pensamos que no tendría mucho protagonismo, pues, normalmente, las partes enfrentadas están poco dispuestas a negociar, toda vez que la relación jurídica que les une, por regla general, tiene desde su inicio carácter litigioso.

**b) Ley de la residencia habitual del afectado en el momento del perjuicio:** sobre la base del respeto al principio de protección de la víctima de los daños (*favor laesi*) podemos optar por la articulación de una norma de conflicto específica para la vulneración del derecho a la protección de datos derivada de una transferencia internacional de datos de carácter personal ilícita que responda a la aplicación de la **ley de la residencia habitual del afectado** por el tratamiento ilícito de datos de carácter personal derivado de una transferencia internacional.

La opción de la ley de la residencia habitual del afectado en el momento del perjuicio (que coincidirá, previsiblemente, con la opción de la víctima) que, al fin y al cabo, sigue siendo *locus delicti* (= lugar donde se produce el daño) nos llevaría a una *contradicción fundamental*: mientras que la ley aplicable tiende a favor del Estado de residencia del demandante, la jurisdicción competente tiende a favor del Estado del origen del daño; y, por regla general, ambos Estados no coincidirán. De ahí que deba replantearse el criterio de determinación de la competencia judicial internacional y de la ley aplicable en la materia que nos ocupa, permitiéndole a la persona perjudicada que pueda litigar ante los tribunales de su lugar de residencia y que pueda elegir la ley aplicable (la del lugar de su residencia habitual o cualquier otra), con el fin último de acercar la tutela judicial efectiva a la jurisdicción próxima al afectado (y a la ley

aplicable)<sup>58</sup>. Se trataría, en definitiva, de importar a esta materia la doctrina jurisprudencial *Shevill/eDate advertising*.

“Frente a otras soluciones posibles, la de la residencia habitual del afectado presenta una serie de ventajas: (i) evita la fragmentación proporcionando una solución unitaria; (ii) proporciona una respuesta adecuada a la inmensa mayoría de casos- desde luego a todos aquellos en los que la dispersión del supuesto no es muy elevada, pero no sólo a estos- ya que el lugar de la residencia habitual es el centro de relaciones sociales, económicas y personales que pueden verse afectadas por la posible difamación; (iii) coincide con el lugar del daño, o por lo menos con uno de ellos, y en la inmensa mayoría de los casos con el lugar donde el daño se manifiesta en mayor medida, puesto que la vulneración de la intimidad se produce allí donde el círculo íntimo del individuo se desenvuelve y donde entabla la mayor parte de sus relaciones, es decir, de manera habitual en el lugar donde reside, sin perjuicio de que, precisamente en los casos en los que más necesaria es la regla, los de personajes públicos y de fama que traspasa las fronteras, esta situación puede subvertirse, por lo que es aconsejable no descartar en este ámbito la cláusula de escape de los vínculos más estrechos; (iv) es un vínculo voluntario para el lesionado y previsible para el responsable; (v) el carácter fundamental de los derechos protegidos asegurará que la resolución de fondo sea necesariamente coherente con el ordenamiento del foro; (vi) además, y como argumento derivado de la última sentencia del TJUE antes comentada, la aplicación de este criterio de conexión permite, en el caso en que se haya optado por la presentación de la demanda ante el tribunal del centro de intereses principales de la víctima, que se produzca una coincidencia entre *forum* y *ius* (en la medida en que aquél coincidirá en la mayor parte de los casos con la residencia habitual), que si en todos los casos facilita la resolución de los litigios lo hará en mucho mayor medida en éstos, por las características de los derechos en juego”.<sup>59</sup>

No obstante, a pesar de las “ventajas” que comporta la conexión de la residencia habitual del afectado, esta solución presenta también una serie de problemas que pueden poner en tela de juicio la eficiencia de dicho punto de conexión: fundamentalmente dos: a) no se solventan los problemas derivados del conflicto móvil; y, b) debemos definir qué se entiende por “residencia habitual o domicilio del afectado”.

Desde el punto de vista de la víctima supone la aplicación de una ley con la que se encuentra estrechamente conectada, y, al mismo tiempo, para el presunto responsable es lo suficientemente

---

<sup>58</sup> *Vid.*, en el mismo sentido, en relación con la responsabilidad extracontractual por los ilícitos cometidos en Internet, XALABARDER PLANTADA, Raquel, “Cuestiones de derecho internacional privado: jurisdicción competente y ley aplicable”, en *Derecho y nuevas tecnologías*, Editorial UOC, Barcelona, 2005, p. 508.

<sup>59</sup> *Vid.*, en particular, TORRALBA MENDIOLA, Elisa, “La difamación en la era de las comunicaciones: ¿Nuevas? perspectivas de Derecho Internacional Privado Europeo”, en *Revista inDret*, nº 1/2012, disponible en <http://www.indret.com>, pp. 21-29.

previsible. Nos conduce a una solución equilibrada para las partes. Así, para la persona perjudicada supondría renunciar a la aplicación de otro ordenamiento jurídico que le pudiera resultar más favorable, y para el presunto responsable, por su parte, le correspondería asumir el coste de internacionalidad de la causa.

Si miramos a nuestro alrededor observaremos que otros Estados optan también por la protección del afectado. Entre los ordenamientos jurídicos estatales que, de alguna manera, han optado por **favorecer la posición del afectado** se encuentran:

a) **Eslovenia**, que en virtud del artículo 30 de la *Private International Law and Procedural Act*, pueden resultar aplicables la ley del Estado donde se haya cometido el comportamiento causal o la ley del Estado donde hayan sucedido las consecuencias de ese comportamiento. La aplicación de una u otra ley dependerá de cuál sea la más favorable para el perjudicado<sup>60</sup>.

b) **Bélgica**, cuyo artículo 99.2.1 del *Código de Derecho Internacional Privado* señala que las obligaciones derivadas de un hecho dañoso que atenten contra la vida privada se regirán por el Derecho del Estado en cuyo territorio se ha producido o amenaza con producirse el hecho generador o el daño, a elegir por el demandante, salvo cuando la persona responsable establezca que no puede prever que el daño se producirá en ese Estado<sup>61</sup>.

c) **Hungría**, que establece que, como regla general, aunque la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales es la del lugar y del momento de la infracción, si se verifica que la ley húngara (= *lex fori*) resulta más favorable para el perjudicado en lo que respecta a la reparación o indemnización a recibir será aplicable esta última ley<sup>62</sup>.

d) **Lituania**, cuyo artículo 1.45 del *Civil Code of the Republic of Lithuania* es una norma que favorece la posición de las personas que ha visto lesionados sus derechos no patrimoniales, al abrirle al propio perjudicado un abanico de posibles leyes aplicables. De esta forma, entre las

---

<sup>60</sup> Vid. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, op. cit., p.195.

<sup>61</sup> Vid. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, op. cit., p.196.

<sup>62</sup> Vid. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, op. cit., pp.196-197.

distintas opciones previstas en dicho artículo (la ley del Estado donde la persona perjudicada tenga su residencia, la ley del Estado donde la persona perjudicada tenga su lugar de negocio, la ley del Estado donde haya sucedido la infracción, la ley del Estado donde la persona que causó el daño tenga su residencia, o la ley del Estado donde la persona que ha causado el daño tenga su lugar de negocio), el perjudicado seleccionará aquella que presente mayores ventajas a sus intereses<sup>63</sup>.

e) **Rumania**, que conforme al artículo 112 de la *Ley n° 105 of 22 September 1992 on the Settlement of the Private International Law Relations*, el perjudicado puede optar por la aplicación de cualquiera de las siguientes leyes: la Ley del Estado de sus domicilio o residencia, la Ley del Estado donde hayan emergido los resultados dañosos o la Ley del Estado donde el autor del daño tenga su domicilio o su residencia o su sede<sup>64,65</sup>.

Entonces, ¿optamos por la ley de la residencia habitual del afectado en el momento del perjuicio o por la libre elección de la ley aplicable?

Sin duda alguna, La ley de la residencia habitual del afectado es la que expresa mejor la sede de los intereses en juego, corresponde a la localización del daño, esencialmente moral, al que pretende reparar la acción de responsabilidad por violación del derecho a la protección de datos de carácter personal y asegura la centralización en un único lugar de los diferentes atentados cometidos en varios Estados.

Sería deseable que una vez elegido el tribunal (el del lugar del hecho generador o el del lugar de producción del daño directo) la ley aplicable fuese la ley del foro (= ley material del tribunal elegido). Una cosa es ofrecer un foro alternativo al domicilio del demandado en aras a una buena administración de justicia (= competencia de los tribunales de los Estados en los que el daño se ha manifestado) y otra distinta hacer depender la ley aplicable de la elección efectuada con la consiguiente aplicación distributiva de leyes locales distintas.

No se trata de una desmesurada protección de la víctima, sino que, como expresión directa del principio de proximidad, hace prevalecer los derechos del afectado sobre los del responsable del daño. Se

---

<sup>63</sup> Vid. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, op. cit., pp.197-198.

<sup>64</sup> Vid. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, op. cit., pp.198-199.

<sup>65</sup> Una previsión muy parecida a la de Rumania se prevé en Bulgaria, tanto respecto a las leyes entre las cuales puede elegir el perjudicado como respecto a las limitaciones de dicha libertad de elección. Vid. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, op. cit., p.199.

trata de recurrir a una aplicación alternativa a la localización principal del hecho generador del daño, a fin de evitar la aplicación distributiva de las leyes de cada uno de los lugares del daño. El *favor leasi*, por tanto, no debe ser absoluto, sino que debe quedar limitado, con el fin también de no sacrificar injustificadamente los intereses del responsable del daño. Con ello se daría eficacia al principio de protección de la parte jurídicamente más débil de la relación (= el afectado), puesto que, en su caso, le sería de aplicación la ley del Estado de su residencia habitual. Solución más satisfactoria, aunque quiebre el principio de proximidad, pero que se justificaría *per se*.

La ley de la residencia habitual del afectado se podría aplicar *per se* o en defecto de elección por las partes, de forma imperativa; con la idea de que se aplique, finalmente, aquella ley que presente algún contacto con el supuesto de hecho, y sea considerada por el tribunal competente como la mejor (p. ej., la ley del estado de origen o de destino de la transferencia internacional de datos “generadora del hecho dañoso”, la ley del lugar de residencia habitual del *data exporter*, o la ley del estado del *data controller*).

Eso sí, si se concreta el lugar de residencia habitual de la víctima como regla general de ley aplicable esto conduciría a una simplificación del funcionamiento de la norma, si bien debería de completarse con la previsión expresa de una cláusula de escape –fundamentada en los vínculos más estrechos– precisamente para aquellos supuestos en los que la residencia de la víctima no presente un vínculo suficientemente estrecho con la relación jurídica extracontractual e incluso se podría conjugar con la propuesta anterior, esto es, que las partes pudieran elegir la ley aplicable, y en su defecto que apareciera el criterio de la residencia habitual.

Por tanto, en nuestra opinión, parece que la opción que pudiera resultar más adecuada para cumplir con el objetivo que se busca de previsibilidad para las partes y equilibrio de intereses en presencia en este tipo de litigios dentro de la UE, sería la consagración como norma de conflicto uniforme la resultante de la conjugación de los dos últimos criterios de conexión expuestos. Esto es, establecer como primer y preferente punto de conexión la autonomía conflictual de las partes para determinar el ordenamiento jurídico que vaya a regir su relación extracontractual y, adicionalmente, a falta de elección de la ley aplicable, establecer el criterio de residencia habitual de la víctima incluyendo una cláusula de escape que permitiera cubrir aquellos supuestos en los que el estado de residencia habitual de la víctima no fuera el más cercano con el supuesto (fundamentado en los vínculos más estrechos).

## V. Conclusión

Como hemos señalado, los Estados miembros de la UE carecen de reglas comunes para establecer la ley aplicable en materia de responsabilidad civil extracontractual en el ámbito de los litigios privados internacionales derivados de la vulneración del derecho fundamental a la protección de datos. Cada Estado

aplicará sus propias normas autónomas, variando considerablemente las soluciones dependiendo si el proceso se desarrolla en un Estado o en otro. Estas circunstancias comportan un alto riesgo de *legal shopping* y una evidente inseguridad jurídica en las relaciones privadas internacionales. La armonización comunitaria de las normas de conflicto permitiría la protección en la UE del titular del derecho a la protección de datos de carácter personal ante una transferencia internacional de datos ilícita.

A pesar de las dificultades a las que nos enfrentamos, los Estados miembros de la UE deben conciliar posturas y proponer nuevas vías de solución. Renunciar a cualquier intento de armonización y/o unificación de las reglas, tanto materiales como conflictuales, que regulan la responsabilidad civil extracontractual por daños ocasionados al derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal en los Estados miembros de la UE no es solución alguna si queremos que se garantice un estándar mínimo de protección de los derechos fundamentales en la UE.

Si descartamos, a día de hoy, la construcción de un “Derecho europeo de responsabilidad civil extracontractual” que incluya los daños ocasionados al derecho fundamental a la protección de datos derivados de una transferencia internacional de datos de carácter personal ilícita, en nuestra opinión, las alternativas en presencia podrían ser dos:

**Alternativa 1.- Unificación de la norma de conflicto.** Se trataría de construir una norma de conflicto neutra que logre equilibrar los intereses del presunto autor del daño y la persona perjudicada, optando por la ley del domicilio o establecimiento habitual del causante del daño.

La norma de conflicto podría optar por la ley del estado de destino. Descartamos, por el contrario, la opción de la ley del estado de origen. Esta segunda opción nos convence menos, ya que los costes de la internacionalidad del supuesto los soportaría la persona perjudicada, teniendo el autor del daño el pleno dominio del acto. Se debería optar por la ley del estado de destino: la *ley del lugar donde se produce o pudiere producirse el daño directo*<sup>66</sup>.

Así, la ley aplicable podría ser la ley del lugar donde se ha producido el hecho dañoso, que en la materia que nos ocupa sería la ley del lugar donde la persona perjudicada sufre el atentado contra su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal; o, donde los efectos de este atentado se producen con más intensidad. Ello no excluye que esta opción se complete mediante una cláusula de

---

<sup>66</sup> Precisamente ésta ha sido la opción elegida por el Reglamento “Roma II”.

excepción aplicable en aquellos casos en que exista una ley que presente vínculos más estrechos con el supuesto en cuestión<sup>67</sup>.

El hecho de que las partes en un litigio privado internacional derivado de la vulneración del derecho fundamental a la protección de datos no tengan que conocer las normas de conflicto de los Estados miembros de la UE y su aplicación jurisprudencial sino que puedan acudir a un régimen único *ius internacional privatista* tiene tres consecuencias claras: ayudaría a la reducción de costes (= los costes de la internacionalidad del supuesto no los padecería la persona perjudicada), aportaría seguridad jurídica (= se evitaría el establecimiento de un sistema en el que los interesados utilicen la norma de conflicto para buscar la ley que les resulte más favorable), evitando, en definitiva, las desigualdades entre los participantes en el litigio: causante del daño y la persona perjudicada (= se evitaría el pleno dominio del acto que tiene el causante del daño frente a la falta de previsión del resultado que tiene la persona perjudicada).

**Alternativa 2.- Armonización material de mínimos.** Se trataría de que los Estados miembros respeten unos mínimos materiales acordados a nivel comunitario. Optamos por la armonización sustantiva de los ordenamientos de los Estados miembros. La dificultad a la hora de llegar a un consenso en torno a las normas de conflicto (sirva de ejemplo la vigente exclusión de la materia que nos ocupa del Reglamento “Roma II”) nos debe señalar el camino: la opción debe ser la armonización material. La armonización tendente a la unificación del Derecho internacional privado de los Estados miembros no es posible si no se acompaña de iniciativas de aproximación (= armonización) material o sustantiva que permitan la elaboración de unos principios mínimos comunes.

Las diferencias existentes entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE implican que de la elección de uno de ellos como aplicable se pueden derivar respuestas contradictorias, corriendo el riesgo de dar lugar al fenómeno del *legal shopping*, al establecer un sistema en el que los interesados utilicen la norma de conflicto para buscar la ley que les resulte más favorable.

Por tanto, frente a la unificación de una norma de conflicto para los Estados miembros se podría optar por la elaboración de una “norma” que establezca unos mínimos materiales comunes (= regulación

---

<sup>67</sup> *Vid.*, en el mismo sentido, en relación con los atentados de carácter transfronterizo contra la intimidad y otros derechos de la personalidad realizados por los medios de comunicación, ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, *op. cit.*, pp. 217-228.

material común), convirtiéndose en el umbral mínimo de protección frente a los litigios privados internacionales derivados de la vulneración del derecho fundamental a la protección de datos<sup>68</sup>.

Esta *armonización material de mínimos* podría tomar como referencia la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, tal y como lo recoge en sus artículos 7 y 8.<sup>69</sup>

Y, el Convenio 108/81/CE, del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal<sup>70</sup>: Tratado de los denominados *non-self-executing* y fuente de inspiración de la Directiva 95/46/CE.

No obstante, estas dos posibilidades (unificación de la norma de conflicto *vs.* armonización del derecho material a través de unos principios normativos mínimos comunes) no son excluyentes. Un primer paso puede ser la armonización o unificación de los Derechos nacionales a nivel comunitario; y, ya entonces, un segundo paso, la adopción de una norma de conflicto aceptable por todos los sujetos implicados, basada en el criterio del estado de destino. El objetivo último sería contar con un régimen único de Derecho internacional privado de la UE, que traería como consecuencia directa la reducción de los costes del litigio y aportaría una mayor capacidad de prever la solución a todas las partes del litigio<sup>71</sup>.

El *iter* legislativo sabemos que será lento, pero al final habrá merecido la pena, pues habremos colmado las lagunas normativas existentes hasta el momento (= Reglamento “Roma II”), contribuyendo

---

<sup>68</sup> *Vid.*, en el mismo sentido, en relación con los atentados de carácter transfronterizo contra la intimidad y otros derechos de la personalidad realizados por los medios de comunicación, ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, *op. cit.*, pp. 228-235.

<sup>69</sup> *DOUE* C 303, de 14 de diciembre de 2007, y C 83, de 30 de marzo de 2010.

<sup>70</sup> *BOE* núm. 274, de 15 de noviembre de 1985. Han ratificado el Convenio: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Irlanda, Islandia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suecia. Otros países han procedido sólo a la firma del Convenio, sin ratificarlo: Chipre, Eslovenia, Grecia, Hungría, Italia y Turquía. España, recientemente, ha firmado el protocolo adicional al Convenio, con lo que se refuerza la protección de la vida privada, en particular de los flujos hacia terceros países. Asimismo, establece autoridades de control encargadas de asegurar el respeto de las leyes o reglamentos introducidas por los Estados. El texto mantiene que la cooperación internacional de las autoridades de control “asegura que los individuos puedan ejercer sus derechos tanto a nivel internacional como nacional”. El protocolo se abrió a la firma en 2001 y entró en vigor en algunos países en 2005. En la actualidad, está vigente en 27 países de los 47 que componen esta organización paneuropea. Así, p. ej. se encuentra pendiente de ratificación, entre otros, en Reino Unido, Italia, Rusia, Turquía, Bélgica, Dinamarca, o Grecia.

<sup>71</sup> *Vid.*, en el mismo sentido, en relación con los atentados de carácter transfronterizo contra la intimidad y otros derechos de la personalidad realizados por los medios de comunicación, ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad...*, *op. cit.*, p. 236.

a clarificar el vigente y atomizado panorama normativo en materia de responsabilidad civil extracontractual por los daños ocasionados al derecho fundamental a la protección de datos derivados de una transferencia internacional de datos de carácter personal ilícita.

## VI – Bibliografía

- Álvarez Rubio, J.J. (2009). *Difamación y protección de los derechos de la personalidad: ley aplicable en Europa*. Aranzadi Thomson Reuters,
- Calvo Caravaca, A-L. & Carrascosa González, J. (2001). *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*. Colex.
- Eslava Rodríguez, M. (1996). *La protección civil del derecho a la vida privada en el tráfico privado internacional*. Universidad de Extremadura.
- Feliu Álvarez De Sotomayor, S. (2005). *Competencia judicial internacional y ley aplicable a los supuestos de responsabilidad extracontractual de los intermediarios básicos de Internet*, Comares.
- Vinaixa Miquel, M. (2006). *La responsabilidad civil por contaminación transfronteriza derivada de residuos*. Universidade de Santiago de Compostela.
- Xalabarder Plantada, R. (2005). *Cuestiones de derecho internacional privado: jurisdicción competente y ley aplicable*. Editorial UOC.
- Torralba Mendiola, E. (2022). *La difamación en la era de las comunicaciones: ¿Nuevas? perspectivas de Derecho Internacional Privado Europeo*. Revista inDret Privado nº 1/2012

# LA NATURALEZA DE LAS REGLAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COMO EXPRESIÓN DE SU PRAGMATISMO JURÍDICO

Alfonso José Luis Marín Fuentes\*

---

**Sumario.** I. Introducción. II. Proceso de formación de las reglas de Derecho Internacional Privado. III. Estructura sobre la cual reposan las normas de Derecho Internacional. IV. Factores de conexión del Derecho Internacional Privado y sus características elementales. 1. La *lex causae*. 2. La *lex personae*. 3. La *lex fori*. 4. La *lex rei sitae*. 5. La regla *locus regit actum*. 6. La *lex loci contractus (celebrationis - executionis)*. V. Cuestiones Procesales. 1. El *forum executionis*. 2. El *forum rei sitae*. 3. El *forum loci delicti* – y la *lex loci delicti (commissi / - damnum)*. 4. El *forum shopping*. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

---

**Resumen:** El presente ejercicio académico tiene por objeto abordar algunas de las reglas de conflicto más representativas de la ciencia del derecho internacional privado y buscar en ellas ciertos elementos estructurales con el propósito de analizar algunos aspectos de su naturaleza. De igual manera trataremos de ver cual es su vigencia, y si los mismos se mantienen intactos a través de todo el tiempo que ha pasado desde su creación, o si por el contrario han sufrido alguna clase de transformación o modificación que los hagan más actuales y con una mejor estructura que sea adaptable a las realidades modernas. En este sentido mostraremos cuales son los aspectos que a nuestro entender hacen de esta clase de normas una especialidad jurídica bastante novedosa y pragmática.

**Palabras claves:** Conflicto de leyes, estatutos, orden público, contratos internacionales, derecho internacional privado

**Abstract:** The goal of this academic essay is to address some of the most representative conflict rules of the science of Private International Law, but also to search for certain structural elements in them with the purpose of analyzing some aspects of their nature. In the same way we will try to see what their validity is, and if they remain intact through all the centuries that has passed since their creation, or if on the contrary they have undergone transformation or modification that makes them more current and with a better structure that is adaptable to modern realities. In this sense, we will show which are the aspects that, in our opinion, make this class of norms a novel and pragmatic legal specialty.

**Keywords:** Conflicts of laws, statutes, public policy, international contracts, Private International Law.

---

\* Profesor de Derecho Internacional Privado, Universidad de Medellín. Correo [jlmartin@udemedellin.edu.co](mailto:jlmartin@udemedellin.edu.co).

## I. Introducción

Las normas, principios o reglas de Derecho Internacional Privado [en adelante DIPr] son unos elementos con carácter jurídico que buscan brindar una solución a los interrogantes que presentan las relaciones entre personas ubicadas en y al amparo de diferentes ordenamientos legales. En este contexto se pretende abordar, aunque de una manera bastante superficial, las más relevantes de ellas para observar desde un punto de vista meramente objetivo cuáles son sus particularidades y que es lo que las hace tan especiales y funcionales en el orden normativo global.

En este sentido, iremos a buscar nuevamente en los anaqueles de la historia cual fue la razón de ser de su existencia y el impacto que causó y sigue causando su implementación en la vida social y económica de tantas generaciones de juristas quienes en los últimos nueve siglos han tratado de entender su naturaleza, su funcionalidad y adaptabilidad a tantas cuestiones legales que sin ellas no hubieran podido encontrar esa solución o paz que tanto anhelaban.

Como es habitual en esta clase de escritos, esto es, ser básicamente indicativos y de poca profundidad, se tratará de abordar cada principio o regla de una forma algo descriptiva con el fin de identificar esa parte de su esencia que les permite tener tal carácter de norma con vocación universal, desprovista de elementos locales y en ocasiones subjetivos, que los faculta a adaptarse de manera simple a un número ilimitado de situaciones jurídicas a nivel internacional.

Sabemos que delimitar de manera exacta a una regla conflictual no es tarea fácil, sin embargo, evocaremos diferentes posiciones doctrinales con el fin de acercarnos a una definición que nos procure entender cuestiones que éstas abordan y solucionan en los diferentes ordenamientos jurídicos donde se les requiere. Si bien no existe en la actualidad un orden jurídico internacional privatista, ello no es obstáculo para que existan reglas que de manera independiente cumplan la función que de aquél se desea y que no se puede cumplir por su ausencia. En cada uno de los órdenes jurídicos a los que pertenecen, las normas de derecho internacional privado tienen una particularidad que no es más que un reflejo de las relaciones jurídicas que pretenden regular: teniendo por objeto las situaciones transfronterizas, éstas retienen un elemento típico que no es otro que aquello que, en relación con el ordenamiento jurídico estatal de referencia, puede calificarse de "extranjero"<sup>1</sup>.

En este sentido, abordaremos la relación existente entre las normas de colisión en un contexto donde éstas pretenden dar solución no solamente a un conflicto de leyes, sino también de jurisdicciones. Por ello, trataremos también lo relativo a los principios del derecho *iusprivatista* internacional en el derecho procesal local.

---

<sup>1</sup> Rigaux F. (1989). Espace et temps en droit international privé. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 109.

## II. Proceso de formación de las reglas de Derecho Internacional Privado

Desde la antigüedad ha existido un cierto recelo entre las diferentes comunidades en aceptar a miembros de las otras en su seno; ello quizá por la sensación que produce o el esfuerzo que implica salir de su zona de confort y entender, y quizás adaptarse a lo desconocido. Los extranjeros desde épocas remotas siempre ha sido objeto de rechazo, en especial en aquellos lugares donde en un principio primaba la religión sobre el derecho, ya que se entendía que: *sí éstos (los extranjeros) no participaban del culto, mucho menos lo harían con las leyes*<sup>2</sup>. Respaldando lo anterior y en un acento marcadamente nacionalista, Audinet indica entre otros que: “...Por eso no era de extrañar que mientras un pueblo se está formando necesita alejar a los elementos heterogéneos, pues su mezcla podría alterar su individualidad.”<sup>3</sup>.

Como no es posible que cada comunidad (sociedad) pueda vivir de manera permanente en una situación de autarquía (al menos el día de hoy y con las redes sociales de presente), entonces, se hace necesario encontrar un instrumento social, cultural o legal que permita el acercamiento entre cada una de ellas, así como de sus habitantes. Esa atracción inicial entre una cultura y otra tiene que ser posteriormente ratificada por una regulación que garantice un respeto y reconocimiento entre los miembros de una y de otra. Lo anterior quizás se pueda tener como una muestra tangencial del principio del *ubi societas ibi jus*; lo que ha llevado a que se defina por alguna parte de la doctrina que el derecho es básicamente un orden social que, como sistema de normas, regula la conducta recíproca de los hombres<sup>4</sup>; y que también puede ser tenido como una ciencia de la vida, que se convierte en una ciencia social<sup>5</sup>.

En este contexto podemos observar que uno de los primeros instrumentos que permitió un acercamiento de tipo jurídico entre los miembros de diferentes comunidades apareció en la antigua Roma y fue el llamado *ius gentium* el cual delineó el camino que debería seguirse y observarse respecto a las relaciones entre los peregrinos (miembros no esclavos de una región reconocida por el Imperio) y los ciudadanos romanos, en especial por parte del pretor peregrino<sup>6</sup> quien había sido designado para aplicarlo.

Ahora, si bien después de la caída del Imperio Romano, los pueblos conquistadores tales como los Hunos, Ostrogodos, Visigodos, Vándalos y Francos entre otros, convivieron con varios sistemas jurídicos, esto es, el Derecho Romano y las costumbres (leyes) locales; no se puede obviar que en este contexto hubo

---

<sup>2</sup> Batiffol H. & Lagarde P. (1993). *Traité de Droit International Privé. Tome I*. L.G.D.J, 19.

<sup>3</sup> Audinet E. (1920). *Principios de Derecho Internacional Privado, Tomo I*, La España Moderna, 18.

<sup>4</sup> Kelsen H. (2000). *Teoría pura del derecho*, Editorial Unión, 29.

<sup>5</sup> Pillet A. (1903). *Principes du Droit International Privé*. Pedone, 3

<sup>6</sup> Fedele D. (2020). *Ius gentium: The Metamorphoses of a Legal Concept (Ancient Rome to Early Modern Europe)*. Cavanagh (ed.), *Empire and Legal Thought Ideas and Institutions from Antiquity to Modernity*. Brill Nijhof, 214.

un respeto mutuo entre éste, el Derecho Romano y las otras, las costumbres locales o leyes personales<sup>7</sup>; lo cual no fue obstáculo para que se presentase una interesante “fusión” de ambos que permaneció intacta durante muchos siglos.

La cuestión anterior dio lugar a un proceso de amalgamiento que no sólo aceleró, sino que sentó las bases para una doble corriente de actividad jurídica y una mezcla de instituciones legales e ideas en términos de igualdad. Creemos que sin estas condiciones hubiera sido imposible que los acontecimientos que asociamos con la personalidad de cada una de las leyes hayan tenido lugar<sup>8</sup>.

En ese devenir histórico pasamos de un sistema de leyes esencialmente personales (cada individuo es juzgado de acuerdo con su pertenencia a un pueblo o nación sin importar donde se halle)<sup>9</sup> a aquel de las llamadas leyes territoriales, cuestión muy propia de ese período denominado la Edad media, donde la tierra en materia económica lo significaba todo<sup>10</sup>, y por ende se tenía desde un punto de vista netamente jurídico que a cada territorio le correspondía una ley y sólo aquella allí se aplicaba<sup>11</sup>.

Con el declive a causa de la crisis (económica, social, religiosa) por la que pasaba la edad media (la denominada Baja que va del siglo XI al XIV) y la aparición de una cultura netamente mercantil asociada al desarrollo de las artes; el derecho y la política, se fueron trazando nuevas vertientes que indicaban un interés por el estudio a mayor profundidad de aquellas cuestiones normativas que comenzaban a aflorar con el desarrollo y el intercambio a mayor escala de mercancías y personas, sobre todo en el continente europeo.

Con el advenimiento de la denominada escuela o teoría Estatutaria comienzan a darse unos cambios bastante importantes en cuanto a la percepción de cómo debían regularse las relaciones jurídicas entre personas pertenecientes a diferentes territorios, y quiénes se hallaban sometidos a sus propias normas locales o estatutos. La irrupción del derecho romano en el norte de Italia y su vertiginosa difusión en otros lugares cercanos y lejanos comenzó a desarrollar una nueva forma de ver y pensar el derecho, esto

---

<sup>7</sup> Tales normas hallaban su razón de ser en el principio extractado de la *lex ripuaria* según el cual deberá aplicarse la ley del lugar donde se había nacido - “*lex loci ubi natus fuit* – frente a cualquier otra regla.

<sup>8</sup> Guterman S. (2019). *Principio de la Personalidad del Derecho en los inicios de la Edad Media*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 14.

<sup>9</sup> Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en el artículo 19 de Código Civil colombiano (copia del chileno, y éste a su vez del Code Napoleón) el cual indica entre otros que: “*Los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero, permanecerán sujetos a las disposiciones de este Código y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles: 1) En lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos...*”.

<sup>10</sup> Se excepciona de esto el famoso principio de la *mobilia sequuntur personam* que sacaba de rigor del territorialismo a los bienes muebles.

<sup>11</sup> Batiffol y Lagarde, *op, cit.*, p. 25

es tanto desde el punto de vista de las costumbres jurídicas – *ius commune*, (Estatutos) y del derecho romano o *ius civile*. No debemos olvidar lo que para Wolff eran esta clase de normas, para él, un *Statutum* era en lo esencial una recopilación del antiguo derecho consuetudinario de la ciudad y de sus comunidades comerciales “*statutum est arbitraria mundo norma que a vulgari hominum consuetudine procedit*”<sup>12</sup>.

Es así como aquellos textos reunidos en las Compilaciones de Justiniano le brindaron a los Glosadores, civilistas y canonistas las herramientas conceptuales para agendar los diferentes niveles normativos en el seno de un solo sistema jurídico<sup>13</sup>.

Vemos en este sentido como la actividad de comentar o glosar por parte de Inerio<sup>14</sup>, permitió tener en consideración las relaciones entre diferentes tipos de normas, todas dentro de un ordenamiento jurídico pluralista. Este proceso trajo como consecuencia que el así llamado *ius civile* fuera perdiendo paulatinamente su carácter de Derecho Romano. En este sentido es importante indicar que su legitimidad no derivaba de su forma, escrita u oral, ni de su origen, romano o consuetudinario, sino de su condición jurídica como excepción a la regla común. Entonces, así concebido, el *ius civile* formaba parte de una dinámica de creación de normas jurídicas que a su vez formaba parte de una representación universal de la normalidad donde las fuentes del derecho eran aprehendidas en el contexto de sus relaciones mutuas<sup>15</sup>.

Por otro lado, hay una cuestión algo paradójica y es que sí bien Inerio fue el precursor de tal corriente, no dejó una obra abundante en la materia. Sin embargo, sería a Accursio (aD 1488) a quien se le tendría como el autor del primer texto en materia de conflicto de leyes el cual no es otro que la *Glossa Ordinaria* o *Magna Glossa* inserta en la [*lex cunctos populos*] la cual indica entre otros que:

Argumentum quod si Bononiensis conveniatur Mutinae non debet iudicari secundum Statuta Mutinae quibus non subest, cum dicat: quos nostrae clementiae..”, “

Hic nota quod alios noluit ligare nisi subditos imperio suo et est argumentum, infra, de iudiciis l. rem. primo responso (C.3.1.14 vo quum igitur, etc.). Est autem hoc contra consuetudines civitatum

---

<sup>12</sup> Martin Wolff, *Derecho Internacional Privado*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1958, pp 21

<sup>13</sup> Ennio Cortese, *Il diritto nella storia medievale*, Volume II, Il Cigno CG Edizione Roma, 1995, pp 994 y 995.

<sup>14</sup> Las glosas de Inerius no son tan amplias ni profundas como las de sus sucesores, pero, aunque siempre eran cortas, marcaron el inicio de ese movimiento que revolucionaría la forma de entender el derecho en los albores del renacimiento. Guillermo F. Margadant, *la segunda vida del Derecho Romano*, Miguel Ángel Porrúa Ed. México, 1986, pp 110

<sup>15</sup> Laurent mayali, *Ius civile et ius commune dans la tradition juridique médiévale*, en *Études d'histoire du droit et des idées politiques*, Presses de l'Université de Toulouse, Toulouse, 1999, pp 210.

que etiam alios constringere volunt cum suis statutis. Et est argumentum si litigat Mutinensis contra Bononiensem in hac civitate, quod statutum non noceat Mutinensi. Sed quidam contra hoc autem dicunt, argumento illo quod Mutinensis hic forum sequitur conveniendo Bononiensem, unde omnes leges illius fori recipiat<sup>16</sup>.

En este contexto, la labor de Inerio, aparte de la de Accursio, sería continuada especialmente por sus más destacados alumnos de la segunda generación entre los cuales se encontraban: Bulgarus de Bulgarini, Martinus de Gosia, Hugo de Porta Ravennate y Jacobus<sup>17</sup>. Sin embargo, una de las primeras manifestaciones en cuando a detectar el problema real del derecho internacional privado se originó en un comentario de Aldricus en el siglo XII quien se preguntó: “*Quaeritur si homines diversarum provinciarum quae diversas habent consuetudines sub uno eodemque iudice litigan, utram earum...iudex sequit debeat*”.

Posteriormente, serían los llamados Postglosadores en cabeza de Bartolo de Sassoferrato y Baldo de Ubaldis quienes continuarían la ingente labor de los glosadores (no debemos olvidar una corriente intermedia entre ambos, los *ultramontani* los cuales ejercieron una labor similar en territorio galo), quienes apoyados esencialmente en la *Glossa Ordinaria*, le darían el sitio de honor que hoy en día tiene el denominado derecho internacional privado; ello porque lo dotarían de un valor legal intrínseco soportado en unos principios muy bien elaborados. La labor de estos era menos dogmática y más creativa y estructurarían nuevas instituciones jurídicas hasta esa entonces desconocidas. A todo lo anterior hay que agregar el mérito que Bartolo fue quien descubrió las múltiples virtualidades inherentes al naciente sistema de conflictos de leyes, y le abrió nuevos caminos en relación con los problemas individuales y el método de su solución<sup>18</sup>.

Por otro lado, vemos como años más tarde, esto es, a comienzos del siglo XIV, y en otras latitudes, más precisamente en la Bretaña, se estableció el principio según el cual los bienes seguían a sus propietarios o “*mobilia personam sequuntur*”. En este caso, se establece la distinción entre *statuta personali* y *statuta realia*. En efecto, fue Bartolo quien definiría un sistema de reglas intermedias que las aplicó a las situaciones sobre la forma y los efectos que producen los contratos tanto en el lugar de su celebración como en el de su ejecución, a este lo llamó *statuta mixta*. Ahora, sería Bertrand D'Argentré quien, con su marcada estirpe feudal, y particularmente territorialista, indicaría que frente a una duda respecto a cuál estatuto debería resolverse una cuestión, esto es, el personal o el real, debería acogerse este último, es decir, que “*Omnia statuta in dubio realia*”. Respecto a la cuestión sobre la aplicación de una sola ley para regir una sucesión, éste determinó que en materia de bienes la misma no debería seguir el criterio de la ley universal, sino de la particular respecto a la situación de cada uno de los bienes, esto es la *lex rei*

---

<sup>16</sup> Hatzimihail N. (1999). *Bartolus and the conflict of law*, 18. <https://www.researchgate.net/publication/228204005> Bartolus and the Conflict of Laws.

<sup>17</sup> Margadant, *op. cit.*, p. 111.

<sup>18</sup> Wolff, *op. cit.*, p. 23.

*sitae*. Por otra parte, y en sentido contrario tenemos a Charles Dumoulin (siglo XVI) quien fue el autor de la doctrina de la autonomía contractual, según la cual las partes contratantes podían escoger el derecho que debería regular su contrato (*pacto de lege utenda*), lo que además implicaba una extensión extraterritorial de la ley.

Tenemos que el territorialismo francés tendría influencia un poco más al noreste, en especial en el territorio de los Países Bajos, quienes en el siglo XVII buscaban su independencia de España y encontraron en aquella doctrina una reivindicación a sus ideales. Si bien se afirma que una ley era la emancipación de una soberanía, la misma debería considerarse como la sola aplicable a todos aquellos que se encontraban en su territorio, bien fuera de manera permanente o temporal. Aquella idea de soberanía en sí misma permitía justificar y tener en cuenta los derechos que los individuos habían adquirido de acuerdo con un derecho extranjero, mientras ello no causara daño a la soberanía local. El derecho extranjero se aplicaría por cortesía. Nacería la doctrina conocida como *comitas gentium* o Cortesía Internacional; ella vendría de la mano de Huber y los Voet, Paul y su hijo Jean<sup>19</sup>.

Posteriormente, esta última doctrina sustentada en el territorialismo sería acogida en Inglaterra y en los Estados Unidos, en este último por influjo de Story quien luego ejercería una influencia sobre Dicey, Holland y Westlake quienes posteriormente desarrollarían en territorio inglés una teoría bajo el nombre de la teoría de los *Vested Rights* o derechos adquiridos.

Las doctrinas personalistas volverían a hacer irrupción siglos más tarde, esta vez de la mano de Pasquale Stanislao Mancini quien en 1851 en su obra titulada “Del principio de la nacionalidad como fundamento del derecho de gentes”, indicó que para él la Nación era el fundamento del Estado, ya que debía tenerse como una comunidad de individuos unidos por su origen, historia, lengua, religión y tradiciones comunes<sup>20</sup>.

Sin embargo, en ese mismo siglo, XIX, Karl Friedrich von Savigny desarrollaría una teoría que no tenía su fundamento en la noción de la soberanía, sino en el hecho que la aplicación de una ley extranjera no podía ser un hecho excepcional debido a la categorización de una cortesía, sino porque los individuos

---

<sup>19</sup> Audit B. (2010). *Droit International Privé*. Económica, 75.

<sup>20</sup> Pasquale Stanislao Mancini, Sobre la Nacionalidad, (Edición de Antonio E. Pérez Luño), Trad. Manuel Carrera Díaz, Editorial Tecnos, Madrid, 1985, pp 17. Por otro lado, se establece que: “*Mancini une familia y nación a las que considera hijas de la naturaleza y compañeras inseparables del orden social. Ambas son revelaciones de los designios de la creación, de la constitución natural y necesaria de la humanidad. La nacionalidad es un hecho natural, como lo es la familia, y los pueblos poseen una naturaleza propia cimentada sobre la lengua, la historia, las leyes, las costumbres y las religiones*”. Rafael Rodríguez Prieto, Reseña del libro de Pasquale Stanislao Mancini sobre la Nacionalidad, Revista Internacional de Pensamiento Político, I Época I, Vol 2 (2007) pp [265-289].

perteneían a una comunidad de derecho como sucedía en ese entonces con los países europeos, los cuales no sólo tenían vínculos con el derecho romano, sino con la religión católica<sup>21</sup>.

Finalmente, y a manera de concretar esta parte introductoria podemos observar que todo este desarrollo el cual durante centurias se presentó al interior de esta disciplina, mejor, ciencia jurídica, fue sintetizado, individualizado o calificado en el siglo XIX por parte del Juez de la Corte Suprema de los EEUU y profesor de la universidad de Harvard, Joseph Story quien la denominó como derecho internacional privado<sup>22</sup>, [en adelante DIPr] posteriormente ratificada en ese mismo sentido por Foelix<sup>23</sup>, y más adelante por Dicey<sup>24</sup> bajo el nombre de “*The conflicts of laws*”. En este sentido cabe anotar que las nociones anteriores conducen a una misma disciplina que lleva un recorrido de varios siglos desde que fuese abordada en principio, y de una forma tangencial en los albores de la Baja Edad Media, especialmente bajo la rúbrica de los conflictos de leyes [*statutorum conflictu* o *conflictus legum*] y finalmente definida y estudiada en el siglo XXI como Derecho Internacional Privado.

### III. Estructura sobre la cual reposan las normas de Derecho Internacional Privado

El día de hoy podemos afirmar que una norma de DIPr o de conflicto de leyes deriva su naturaleza o composición de una creación doctrinal que la ha estado definiendo y determinando durante varios siglos. La misma posee una estructura semejante a la de un principio general que hace que sea inalterable no sólo en el tiempo, sino frente al ordenamiento jurídico en donde se le adopte. No en vano, esta clase de normas tienen un reconocimiento universal y donde quiera que se las establezca siempre conservan su esencia y cualidades. Prueba de ello es el hecho que en el ordenamiento jurídico estatal donde se les incluya casi siempre estarán respaldadas en su forma elemental de brocardo así se les establezca en el

---

<sup>21</sup> von Savigny F.C. *Sistema de Derecho Romano Actual*, Editorial Comares, Granada, 2005, 40.

<sup>22</sup> Story J. (1841). *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in Regard to Contracts, Rights, and Remedies, and Especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*, 2<sup>nd</sup> ed., 10. “...*This branch of public law may, therefore, be fitly denominated private international law since it is chiefly seen and felt in its application to the common business of private persons ...* ».

<sup>23</sup>Traité du Droit International Privé: ou, Du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé / Par M. Jean jacques Gaspard, Foelix. Joubert, Librairie de la Cour de Cassation, Paris, 1843, pp 2 [*On appelle droit international privé (ius gentium privatorum) l'ensemble de règles d'après lesquelles se jugent les conflits entre le droit privé de divers nations ; en d'autres termes, le droit international privé se compose de règles relatives à l'application des lois civiles ou criminelles d'un État dans le territoire d'un État étranger*»].

<sup>24</sup> Dicey A. & Moore J. (1896). *A Digest of the Law of England with reference to the conflict of law*. Steven & Sons Ed, 64.

idioma local, el operador jurídico siempre sabrá de que figura legal se trata cuando de acudir a su aplicación se trate.

En este contexto, y de acuerdo con Pillet, se trata de encontrar entre las leyes positivas de los diversos países una fórmula de conciliación que reserve a cada uno de ellos su parte legítima de influencia en la regulación de las cuestiones internacionales de carácter privado que se suscita diariamente en la práctica. Si se usara la expresión mecánica jurídica, diríamos gustosamente que estamos ante un problema de mecánica jurídica que tiende a unir en una dirección común las fuerzas divergentes de las legislaciones de los diversos pueblos. Desde este punto de vista, nuestra disciplina ha sido denominada la ciencia de los límites locales del imperio de las reglas de derecho<sup>25</sup>.

Las reglas de DIPr son normas que pertenecen a un sistema jurídico universal (no local) que han sido diseñadas para la convivencia, su naturaleza no es dispositiva sino indicativa, por eso es que tienen una aplicación colectiva y cumplen una función análoga a la de los principios generales del derecho, ya que sin importar el país donde se esté a cada una de ellas se le estudia con la misma mirada, es decir, tienen idéntica significación y reconocimiento, sin importar la cultura o sistema jurídico en donde se desarrollen o pongan en práctica<sup>26</sup>.

En esta dirección, los preceptos del DIPr lo que buscan es apoyar la extensión internacional de la actividad humana, esto es, por fuera de los territorios que las han instituido como sus creaciones nacionales; sus relaciones pueden traspasar libremente las fronteras buscando unirse con otras personas (matrimonio) celebrar actos jurídicos de carácter comercial (contratos), dispositivos (testamentos), traslativos (compraventas) etcétera. Las normas de conflicto de leyes son unas herramientas bastantes maleables y con carácter estándar, ya que se hallan desprovistas de los dogmatismos propios de cada Estado y de las vicisitudes inherentes a cada territorio. Sin las anteriores particularidades no podría cumplir la función para la cual fueron creadas y desarrolladas a través de los siglos.

En tal sentido, podemos apreciar como una norma denominada “estándar” también surge de la observación de un mismo comportamiento (o quizás similar, no igual) entre las personas de diferentes Estados, donde cada una de ellas se encuentra sometida a un ordenamiento jurídico propio, pero que cuando se tiene presente dicho comportamiento en la otra persona (extranjera), inmediatamente se le identifica como si fuera propio, lo que genera confianza y permite la interrelación humana<sup>27</sup>. Entonces, lo que hace dicha norma es permitir esas relaciones sin someterlas a una regulación estrictamente estatal,

---

<sup>25</sup> Pillet, *op. cit.*, p. 75.

<sup>26</sup> En un aspecto similar Lorenzen señala que: “*Franz Kahn published an article in Jhering's Jahrbicher1 in which he pointed out that even if the rules of the Conflict of Laws in the different countries were the same, identity of results in individual cases would not follow because of latent conflicts inherent in the different systems of law*”. Lorenzen E. (1941). The qualification, classification, or characterization problem in the conflict of law. *The Yale Law Journal*, Vol 50 No. 5, 743.

<sup>27</sup> von Savigny, *op. cit.*, p. 42.

sino a una de carácter estándar, esto es, desprovista de esas especificidades. Por eso es que la mayoría de ellas que en un principio alcanzan la categoría de “armonizadoras o *soft law*” posteriormente se someten a un proceso de unificación. Esta cuestión no implica que las mismas por el hecho de ser incorporadas en los ordenamientos jurídicos, provengan o sean de creación legislativa local. Lo anterior desmorona el mito según el cual las leyes internas son una obra magna del legislador nacional, y en consecuencia encarnan su espíritu unificador.

Ahora, contrariando esa tendencia nacionalista, vemos como ese muchas veces buscado y mal llamado “legislador internacional”, es básicamente un grupo de estudiosos que con bastante tesón y disciplina (al contrario de los legisladores modernos) han dedicado parte de su vida al desarrollo de una ciencia tan elaborada y precisa como lo es el derecho internacional privado.

Es claro pues que las normas de DIPr constituyen un verdadero derecho en el sentido que los operadores judiciales (Jueces, árbitro u otras autoridades) deben acudir a las mismas para poder ofrecer una solución integral, imparcial y directa al litigio o situación jurídica que tienen frente a sí mismos. El prescindir de aquellas básicamente haría que la posición que adoptaron fuese estrictamente personal y no sustentada en un sistema normativo eficaz que solucione a aquella clase de situaciones jurídicas. Por su parte los particulares esperan que las normas de DIPr les ofrezcan todas las garantías en las cuales se sustenta en el reconocimiento de un derecho por parte de las autoridades judiciales administrativas locales o extranjeras.

Por eso, en lugar de leyes o reglas de conflicto se habla de leyes armónicas, para conseguir con ello que cada litigio se decida según las mismas leyes internas independientes de los tribunales que la tramitan. La armonía es deseable cuando el litigio puede ser entablado en tribunales de países diferentes y cuando es probable que los efectos de un acto lleguen a ser eficaces en más de un país<sup>28</sup>.

#### **IV. Factores de conexión del Derecho Internacional Privado y sus características elementales**

Las normas de DIPr o reglas conflictuales (para los anglosajones) tienen como característica esencial que las diferencia de las otras del ordenamiento jurídico y es que éstas no poseen tanto una composición sustantiva, sino más bien dispositiva o neutra, porque no resuelven la situación jurídica planteada, sino que remiten a la regulación que eventualmente es la más indicada para hacerlo.

Lo anterior lo hacen sin tener en cuenta un ordenamiento jurídico general, sino uno particular con el cual la situación presenta un vínculo no sólo estrecho, sino concreto.

---

<sup>28</sup> Wolff M. (1958), *Derecho Internacional Privado*, Bosch Casa Editorial, 16.

En este orden de ideas podemos estudiarlas desde un punto de vista netamente objetivo para determinar el pragmatismo que las mismas encierran y que en la parte final de este escrito abordaremos. Al respecto tomaremos algunas de las más significativas y ofreceremos una visión más personal de las mismas.

#### IV.1 La *lex causae*

Todo hecho o fenómeno para que pueda tener una connotación legal tiene que haber surgido o haberse producido en un lugar determinado o determinable, además que esté al amparo de algún ordenamiento jurídico. Por eso cuando se aborda un tema como el de la *lex causae*, queremos con ello hacer referencia y de una manera casi que “literal”, a la ley del lugar donde se produjo (dio lugar o nació) la situación jurídica que es materia de discusión, y saber cuál es el tema o la solución que la misma plantea o aparece frente a aquella. Para Carter, tal cuestión se puede reducir al hecho respecto al cual: “*That is to say, the pattern of legal rules by reference to which the issues presented to it are to be determined*”<sup>29</sup>.

Este principio indica que siempre que exista una situación que dé lugar a un pronunciamiento legal o judicial, ella, necesariamente deberá haber nacido bajo el manto de un ordenamiento jurídico sea estatal o de origen consuetudinario, el cual determinará su estructura y naturaleza, así como la posible solución a la cuestión jurídica que aquella plantea.

Como se puede apreciar aquí, tal estatuto conflictual al igual que los mismos de su género, define un orden jurídico que está determinado únicamente por su situación espacial y no por su contenido, ni por su temporalidad<sup>30</sup>.

Lo anterior se presenta porque la naturaleza de este tipo de normas es esencialmente la de identificar una regla que sea la que brinde solución a una cuestión dada. Sin esta indicación, probablemente el remedio otorgado por una ley diferente al asunto planteado no produciría el efecto deseado, ya que en las situaciones jurídicas siempre debe existir una identidad en cada una de todas las etapas en las cuales se genera una determinada condición legal (un contrato, un hecho ajeno generador de responsabilidad o una defunción entre otros).

Esta denominada ley de la causa o *lex causae*, también puede adoptar la esencia de una *lex materialis causae*, esto es, una norma de carácter sustantivo, y también la de una regla procesal, es decir, ser una *lex formalis causae*<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Carter P.B. (1954). Rejection of foreign law: Some private international Law inhibitions, *The British Yearbook of International Law*, Volume 55, Issue I, 111.

<sup>30</sup> Pryles M. (1980). The Time factor in Private International Law, *Monash U. L. Review*, 225.

<sup>31</sup> *Lex causae* shall also apply, as a rule, to the interest of the party to bring suit. In order to avoid setting the judicial machinery into motion in vain, procedural law generally requires that the plaintiff have a prima facie interest in the claim, be able to prove that he or she suffered injury, and show judicial intervention is required

De manera comprensiva, podemos observar que se trata de una cuestión que sigue un patrón no sólo muy general, sino bastante universal, esto es, que es aplicable a todos los órdenes legales de manera bastante clara y precisa.

#### IV.2 La *lex personae*

Este es un principio que se halla circunscrito al estatuto personal (*statuta personalia*), y que en la actualidad se tiene como la ley bajo la cual ha nacido un individuo persona física, pero también es extensible a las denominadas personas jurídicas o morales, y dentro de la jurisdicción de un Estado determinado. La misma regula cuestiones básicamente inherentes a la personalidad y a la capacidad que tienen dichos sujetos para realizar determinados actos con connotación jurídica. Su vigencia está determinada esencialmente por estas dos materias. A pesar de que aún hay muchos ordenamientos jurídicos que someten tales cuestiones a la ley nacional, hoy en nuestra sociedad global prima más el principio del domicilio o de la residencia habitual para asuntos relacionados con la capacidad de las personas para realizar cierta clase de actos con efectos legales.

En un contexto nacionalista, se puede indicar que son las normas las que siguen a las personas, en especial a las físicas por donde quieran que estas vayan. Los ciudadanos tienen la creencia que le deben respeto a su Estado, que no sólo es soberano, sino que gobierna sus vidas. Por eso no es de extrañar que la *lex personae* se apoye en el principio según el cual: “*Imperator non imposuit legem nisi suis subditis. Subditis tantum ligat consuetudo cuiusque civitatis*”<sup>32</sup>. En este sentido se trata de normas que están por fuera de la autonomía de la voluntad de las partes, ya que no pueden modificarlas, ni determinar su contenido. En esta misma línea puede presentarse el caso de la denominada apatridia, figura jurídica en la cual una persona física no tiene nacionalidad, en consecuencia, no hay una *lex personae* que regule las cuestiones inherentes a su capacidad y a los otros atributos de su personalidad. Sin embargo, tal cuestión no entra dentro del resorte de las normas del derecho conflictual, ya que no hay norma por determinar entre varias posiblemente aplicables, sino que hay que crear una que regule tal situación. Al efecto señala Fernández Rozas que: “.. *No existe, stricto sensu, conflicto de leyes sobre la nacionalidad ante el Juez interno, sino únicamente una cuestión de hecho; pues la existencia de otra nacionalidad distinta a la del foro es para el Juez interno un simple hecho a determinar. La situación sólo varía ante el Juez o arbitro internacional, que aplica las normas del Derecho internacional público*”<sup>33</sup>.

---

to minimize or end the injury. Standing must be verified in accordance with the *lex causae*. Surana, Abhinav, International Civil Procedure and Principle of 'Lex Fori', July 8, 2006, pp 3.

<sup>32</sup> García Castillo T. (2010). La *lex contractus* en los Contratos Internacionales, in: Méndez Silva R. (ed.), *Contratación y Arbitraje internacionales*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 65.

<sup>33</sup> Fernández Rozas J.C. (1995). Artículo 9, apartado 10 del Código Civil: ley aplicable a los individuos que carecen de nacionalidad o la tienen indeterminada”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. Edersa, 434.

En el caso anterior, en un comienzo era una tendencia casi que universal que predominara el derecho local frente al fenómeno de la creación o nacimiento de una persona en el territorio de un Estado determinado. Ahora, las cosas son diferentes en el sentido que de una u otra forma los Estados han venido renunciando en cierta medida a su potestad de dirigir y controlar a sus nacionales por fuera de sus fronteras, y les han entregado a los ordenamientos jurídicos del lugar de residencia o el domicilio de sus nacionales, el conocimiento y regulación de factores como la capacidad para celebrar ciertos actos y la disposición de derechos inherentes a la personalidad.

Entonces la *lex personae* como punto de conexión aún sigue siendo muy vigente, pero ha cambiado por así decirlo de titulares en cuanto a la forma como se deben regular aspectos relativos a los atributos de la personalidad.

### IV.3 La *lex fori*

Este principio es uno de los más icónicos del derecho internacional privado, y cuyo significado más cercano es aquel con el cual se designa el derecho del lugar donde tiene asiento el tribunal que ha de decidir el litigio o situación jurídica en causa. Este incluye tanto el derecho sustantivo, como el derecho procesal (siendo este último más exclusivo en cuanto a su aplicación)<sup>34</sup>. En este caso, se debe hacer una distinción y es aquella de acuerdo con la cual no necesariamente el derecho sustantivo y el derecho procesal (*lex materialis fori*) deberán ser aquellos del Estado donde se discute la cuestión, ya que, si inevitablemente el derecho procesal será la *lex fori*, no así el sustantivo, el cual podrá ser un derecho extranjero<sup>35</sup>. Ahora, si bien se presenta una relación estrecha entre ambos conceptos o métodos la cual puede conducir a que exista una cierta preferencia del juez por la aplicación de su derecho local (lo conoce mejor que el extranjero), ello no implica que deba seguir sus preferencias, porque entraría en el campo del desconocimiento del derecho y de su obligación para con éste – *iura novit curia* – y en consecuencia será factible que se produjese un prevaricato más por acción que por omisión. Por eso entendemos que deberá respetar ese vínculo que existe entre el *forum* y el *ius*; ya que tal asociación se caracteriza por el hecho de que la respuesta o solución jurídica general, en uno de los dos sectores, produce un efecto

---

<sup>34</sup> Surana, Abhinav, *International Civil Procedure and Principle of 'Lex Fori'*, July 8, 2006, pp 6.

<sup>35</sup> No necesariamente el derecho procesal debe tener un origen netamente nacional. Un derecho procesal de origen extranjero (unificado) que ha sido incorporado en el ordenamiento jurídico local y que adquiere el estatus de nacional es también aplicable; piénsese en las diferentes convenciones internacionales sobre la materia, tanto en el ámbito regional (las CIDIP, la de Bruselas, la de Lugano) como en el universal; los Convenios de La Haya.

inmediato —positivo o negativo— en el otro grupo de normas, determinando la aplicación o inaplicación por el juez del derecho del foro o, en su caso, la competencia o incompetencia de los propios tribunales<sup>36</sup>.

Creemos igualmente que frente a la *lex fori* debe existir esa distinción entre ambos derechos, ya que el no hacerla provocaría abusos por parte de aquellas autoridades quienes justificarían la aplicación de la ley local en lugar de la ley extranjera so pretexto que de no hacerlo se vulneraría la soberanía. Sin embargo, es preciso indicar que la postura anterior no tiene que ver con la realidad, ya que ningún ordenamiento jurídico en el mundo es tan perfecto para prever el remedio o la solución a todas las situaciones y conflictos jurídicos globales<sup>37</sup>. Entonces, la *lex fori* como principio debe, de manera principal, más no exclusiva, regular lo concerniente a la forma en que se pone de relieve y se discute la situación jurídica en el foro; en consecuencia, gobernar tal cuestión, esto es, la procesal y no la sustancial cuando la misma se encuentra vinculada de manera muy fuerte con un derecho extranjero.

Finalmente, estimamos que el principio anterior es inherente a la función jurisdiccional ya que es el componente esencial o materia prima de donde los operadores jurídicos toman los elementos necesarios para hallar la solución a un problema legal ante ellos planteado.

### IV.3 La *lex rei sitae*

En materia de bienes “esencialmente” corporales, esto es, aprensibles de manera directa por los sentidos, y que pueden ser fácilmente determinables; se ha establecido una regla que une su regulación a su situación. Tal regla no es otra que la llamada *lex rei sitae*, es decir, el precepto conforme a la cual los derechos reales se rigen por el ordenamiento jurídico del lugar de la localización de los bienes sobre los cuales tales derechos recaen. Esta aptitud se encuentra reconocida generalmente respecto de los derechos sobre bienes inmuebles y muebles<sup>38</sup>. La *lex rei sitae* es uno de los principios más universales de derecho internacional privado ya que la casi totalidad de los ordenamientos jurídicos en el mundo lo tienen establecido al interior de los mismos<sup>39</sup>, no sólo por su simplicidad, sino por la seguridad jurídica que brinda, sobre todo para los inmuebles.

---

<sup>36</sup> González Campos J. (1978). Las relaciones entre *forum* y *ius* en el derecho internacional privado. caracterización y dimensiones del problema, *Anuario Español de Derecho Internacional*, 92.

<sup>37</sup> Ehrenzweig A. (1960). The Lex Fori - Basic Rule in the Conflict of Laws, *Michigan Law Review*, 644.

<sup>38</sup> Ochoa Jiménez M. (2019). Normas de derecho internacional privado en materia de bienes: la regla *lex rei sitae* en América Latina y Colombia, *Rev. Derecho Privado*, 124.

<sup>39</sup> “En vertu de l'article 24 du Code civil: «la possession, la propriété et les autres droit réels, et notamment les modalités de transfert de ces droits par le contrat, la succession, le testament et autres, sont soumis, pour ce qui concerne les immeubles, à la loi de la situation de l'immeuble ...». Le droit irakien consacre ainsi une règle de conflit très répandue: la *lex rei sitae* qui commande la soumission des immeubles à la loi du lieu de situation”, Al Dabbagh H. (2006), Regards critiques sur les règles de conflit de lois en droit international privé irakien, *R.I.D.C.*, 3, 914.

Tanto el principio de la *lex (lege) rei sitae*, como el del *forum rei sitae* son uno de los pocos en la materia que son tan estables, ya que raramente son objeto de un conflicto de leyes o de jurisdicciones, ya que no riñen con las normas de orden público, y en muchos casos y frente a tal categoría, es el que une de manera armónica el *forum* con el *jus*<sup>40</sup>. Tampoco podemos olvidar que la categoría de bienes, en especial, la de inmuebles, está por así decirlo: “protegida” dentro del concepto de soberanía estatal lo cual hace que sea poco flexible a la hora de apartarlos de ese manejo exclusivo de las leyes del foro, porque los inmuebles, así sean de particulares, hacen parte del territorio del estado y merecen una protección especial que sólo la puede brindar la ley y los tribunales locales.

Este principio tiene una aplicación más focalizada en materia sucesoral y contractual; sin embargo, es en esta última categoría donde se pueden presentar algunas dificultades, ya que en muchas ocasiones será necesario determinar cuál ley rige la naturaleza de un inmueble que es objeto de un contrato internacional; y es que si bien puede convergir la *lex contractus* como aplicable de acuerdo a la autonomía de la voluntad de las partes, también es preciso tener en cuenta que en muchos ordenamientos jurídicos es de imperativa aplicación el principio de la *lex solutioni* o *lex loci executionis* frente a la ejecución de los contratos en su territorio. No obstante, en lo anterior existe una tendencia general a respetar siempre la *lex rei sitae* cuando haya situaciones jurídicas donde estén implicados bienes inmuebles (*immobilia reguntur lege loci ubi*), para los bienes muebles, ya podrá matizarse un poco la situación, ya que o tiene el rigor de la anterior; en este caso, se sigue el principio consuetudinario del *mobilia sequuntur personam*, así como el de su localización espacial.

Por eso, al igual que los demás principios antes analizados, el de la *lex rei sitae* es bastante concreto, estable y universal y pocos ponen en duda su efectividad a la hora de determinar el derecho aplicable a los bienes muebles, inmuebles, con excepción del mundo digitalizado y aquel del metaverso o de las interacciones virtuales donde poco se ha definido sobre la materia.

#### IV.4 La regla *locus regit actum*

Este brocardo desarrollado por los posglosadores y que esencialmente nos indica que en materia de forma respecto a la cual deben estar revestidos los negocios jurídicos, la misma será regulada por el derecho del lugar donde éstos se han llevado a cabo, es decir, se han realizado<sup>41</sup>. El hecho de señalarse como aplicable la ley del lugar donde se concreta el acto jurídico, definirá su naturaleza y su jerarquía jurídica, pudiéndose pensar que se trata de una norma de orden público<sup>42</sup>; ello porque en muy pocas

---

<sup>40</sup> Vignal Th. (2009). Reflexions sur le rattachement des immeubles en droit international privé, Droit International Privé, Année 2006-2008, Pedone, 2.

<sup>41</sup> Este principio está consagrado entre otros en el artículo 11 del Código Civil argentino, el 21 del colombiano.

<sup>42</sup> De acuerdo con Castel, tenemos que: “*la règle locus regit actum semble à première vue devoir s'appliquer et revêtir un caractère impératif, car l'officier public qui les dresse ne peut agir que conformément à la loi locale, qui lui donne une certaine compétence et définit la forme dans laquelle il devra rédiger les actes rentrant dans*

ocasiones se les permite a las partes que sean estas mismas las que definan cual es la forma del acto que les parece apropiada (*negotium*), y sin tener en cuenta el derecho local. Creeríamos que, si estamos en presencia de un acto privado, no habría ningún inconveniente que las partes definieran la forma bajo la cual estiman que su negocio no sólo existe, sino que es válido. Ahora, el problema radica cuando se trata de un acto solemne (*instrumentum*); en el cual dicha solemnidad escaparía al alcance de la voluntad de las partes, y se sometería indefectiblemente a la regulación local. Esta cuestión ha sido abordada por Arguas quien sostiene que: “..se tiene que, a la ley territorial sola, pertenece apreciar cuáles son las garantías con las cuales deberá rodearse el acto para presumirse su sinceridad. Habiéndose observado las formas exigidas por ella, la veracidad del acto es probable y se comprende que ese título pueda ser invocado en todas partes”<sup>43</sup>.

Por otro lado, y frente a esta materia, Pillet entendía que la validez de un acto jurídico es la condición indispensable para el establecimiento de toda comunidad jurídica fundada en la aplicación armónica de las diversas leyes positivas. Basta que un acto sea internacionalmente válido para que produzca sus efectos en todo lugar; hay ecuación exacta entre estas dos proposiciones, y fuera de tal ecuación, no puede existir ningún derecho internacional privado<sup>44</sup>. En el sentido anterior podemos observar tal como lo afirmara Story que:

*“cuando unos individuos contratan en un país determinado, se entiende que se someten a la ley de aquel territorio, y ambos prestaran en silencio su asentimiento a su acción sobre el contrato, Acaso sería más correcto decir que la ley del lugar del contrato, obra sobre él, independientemente de la voluntad de las partes, en virtud de la soberanía general que posee cada nación para reglar a todas las personas, propiedades y transacciones dentro de su territorio.*

*Y al admitir que la ley de un país extranjero rija con respecto a los contratos hechos en él, toda nación reconoce meramente, por un principio de cortesía, que existe en otras naciones, al mismo derecho que pide y ejercita para sí”<sup>45</sup>.*

En esta disciplina todo depende básicamente de la opinión que el legislador haya tenido de sus súbditos y, por consiguiente, de cómo establecer las leyes relativas a la forma probatoria de sus actos, ya que éstas están fundadas sobre razones puramente locales y particulares a cada territorio. Sólo la ley del lugar de celebración es capaz de atestiguar la verdad; las del domicilio de las partes o de la situación de los bienes no tienen ese poder porque las razones que han determinado sus disposiciones son todas diferentes de

---

*cette compétence...”*. Castel J.G. (1957). De la forme des actes juridiques et instrumentaires en Droit International Privé Québécois, *The Canadian Bar Review*, 657.

<sup>43</sup> Arguas M. (1965). La regla *locus regit actum*, *Publicaciones La Ley, Revista*, 31, 9.

<sup>44</sup> Antoine Pillet, *Principes de Droit International Privé*, Nabu Press, Paris 2010, pp 57.

<sup>45</sup> Joseph Story, *op. cit.*, pp 261.

aquellas que han dictado las formalidades prescriptas en el lugar del contrato. Además, cabe aquí la siguiente cuestión: ¿una ley no manda soberanamente en toda la extensión de su jurisdicción?<sup>46</sup>

Aquí no debemos excluir que, en este contexto, las partes también pueden elegir cual será el derecho que se aplique a la forma del contrato, el cual podrá ser un derecho distinto del elegido para regular el fondo del negocio jurídico. Entonces, si no hay elección del Derecho aplicable, los contratos celebrados entre partes que se encuentran en países diferentes están regidos en cuanto a su forma por el derecho más favorable a su validez - favor *validitatis*.<sup>47</sup>

Por eso, en este entorno también será preciso tener en cuenta que no necesariamente la ley que rige la forma del acto, regulará los efectos del mismo, los cuales pueden tener lugar en otro ordenamiento jurídico donde éste vaya a producir sus efectos; a esta cuestión se le conoce como puntos de vinculación facultativos lo que permite observar que para un acto jurídico se puede tener en cuenta a la ley local o a aquella que regulará el fondo del mismo, en este caso se habla de un criterio objetivo, esto es, el lugar de celebración del acto, mientras que el otro se refiere a un criterio legal, y es el que está relacionado con la ley aplicable a la validez del fondo<sup>48</sup>.

Entonces, debe quedar claro que este principio aún sigue teniendo mucha vigencia, sobre todo en lo que respecta a las solemnidades que deben observar no sólo las partes al celebrar un negocio con consecuencias jurídicas, sino también los entes gubernamentales encargados de realizar actos de connotación pública.

#### **IV.5 La *lex loci contractus* (*celebrationis* - *executionis*)**

La regla según la cual se define cual es el derecho que debe regir una relación contractual establece de entrada dos variantes o quizás interrogantes, y son esencialmente aquellos de determinar por un lado si ese derecho será el escogido por las partes<sup>49</sup> (*lex voluntatis*), esto es, donde ellas mismas determinan el contenido del contrato, así como las cláusulas que lo integran; también podrán escoger un derecho material (uniforme o una *soft law*) que regule el contrato, o por otro lado, si existen conceptos que permanecen fuera de la voluntad de las partes y que requieren la aplicación de provisiones imperativas y territoriales.

---

<sup>46</sup> Margarita Arguas, *op. cit.*, pp 12.

<sup>47</sup> Oyarzábal M. (2006). *La ley aplicable en los contratos en el ciberespacio transnacional*. De Cita, 142.

<sup>48</sup> von Oberbeck A. (1983). *Cours Général de droit international privé, RCADI*, 80.

<sup>49</sup>En los ordenamientos jurídicos donde se les permita; en Colombia no hay norma expresa que autorice a las partes elegir la ley aplicable a su contrato.

Entre dichos criterios se encuentran la forma, la moneda y el método de pago<sup>50</sup>. Estos últimos también pueden estar relacionados no sólo con la forma como debe llevarse a cabo la relación contractual, sino también la validez de esta. En tal sentido es acertada la afirmación de García Castillo de acuerdo con la cual: “*Dado que una disposición legal solamente puede existir dentro de un sistema legal, dado que una convención solamente puede vivir dentro de un sistema legal que le da vida la pregunta de ¿cuál es la ley aplicable al contrato?, se transforma en ¿cuál es la grundlegung que le da vida al consensus?*”<sup>51</sup>

Por eso para poder determinar con algún grado de certeza cual será la ley o el derecho aplicable a un contrato esencialmente internacional deberá acudir a una multiplicidad de elementos como pueden ser entre otros: el lugar de ubicación de la cosa objeto del contrato, el lugar del domicilio o la residencia habitual de las partes, la nacionalidad de éstas últimas y el lugar de ejecución de la prestación principal o característica. No debemos olvidar que el principio de la *lex loci celebrationis* está llamado a determinar de la manera más precisa posible la ley aplicable al contrato internacional al menos en su etapa inicial, ya que en cuanto al desarrollo y consecuencias que del mismo se derivan, se tiene que estarán sometidos a la ley del lugar de cumplimiento (*lex loci executionis*) y de lo contrario, a la *lex fori*<sup>52</sup>.

En este contexto es importante señalar como para Bartolo de Sassoferrato, todo aquello que no era inherente al contrato, sino que se derivaba de circunstancias posteriores, como podían ser el incumplimiento o la mora del deudor lo cual normalmente se verificaba en el lugar de cumplimiento y en consecuencia debían quedar regidas por el derecho de dicho lugar y no por aquel de donde se había celebrado el contrato<sup>53</sup>. Siguiendo esta misma postura, encontramos que Story<sup>54</sup> se decantaba por la misma solución, ello al afirmar en su obra que: “*The rules already considered suppose, that the performance of the contract is to be in the place, where it is made, either expressly or by tacit implication. But where the contract is either expressly or tacitly to be performed in any other place, there the general rule is, in conformity with the presumed intention of the parties, that the contract, as to its validity, nature, obligation, and interpretation, is to be governed by the law of the place of performance*”.

Lo anterior nos enseña que ambas reglas en materia de contratos internacionales, esto es, *lex loci celebrationis* y *lex loci executionis (solutionis)* están íntimamente unidas, ya que, en el caso contrario, el contrato sería regulado por la *lex fori* porque se trataría básicamente de un contrato local, ello porque

---

<sup>50</sup> Tonatiuh García Castillo, *op. cit.*, p. 67.

<sup>51</sup> *Idem*, p. 68.

<sup>52</sup> Grob Duhalde F. (2014). La ley aplicable a los contratos internacionales en ausencia de elección por las partes, *Revista Chilena de Derecho*, 229, 231.

<sup>53</sup> Carrascosa González J. (2003), Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la *Stream Of-Commerce*, in: Calvo Caravaca A. & Blanco-Morales P. (eds). *Globalización y Derecho*, Editorial Colex, 87.

<sup>54</sup> Joseph Story, *op. cit.*, p. 240.

tanto su celebración, como su ejecución, se llevarían a cabo en el mismo lugar. En este contexto, hay autores como Friedrich Karl von Savigny que defendían la tesis según la cual la *lex loci executionis* debería regular integralmente el contrato ya que es la que guarda una conexión más real con el objeto del contrato y con la voluntad de las partes<sup>55</sup>.

Por otro lado, es preciso tener en cuenta el lugar de celebración de contratos para aquellos que son realizados por medios virtuales o electrónicos, ya que puede existir una dificultad en cuanto a la localización de éste por la multiplicidad de puntos de conexión que pueden converger en tales actos jurídicos. Entonces, es menester que sean las partes quienes definan con claridad, al menos en principio, los elementos mínimos para saber el lugar donde se entiende celebrado el contrato y al mismo tiempo poder intuir o conocer donde se ejecuta. En este sentido, Oyarzábal nos indica que:

es posible, sin embargo, concebir casos en que los criterios tradicionales de derecho internacional privado sean inadecuados a las realidades actuales por su incapacidad de precisar una vinculación entre el caso y un determinado país. Criterios como el “lugar de celebración”, el “lugar de ejecución” o el “domicilio del deudor” pueden ser imposibles de localizar en los contratos concluidos on line. Entonces puede ser preciso adoptar, subsidiariamente, criterios más flexibles, puntos de conexión abiertos, que no aparezcan fundados exclusivamente en la vinculación del negocio con un lugar y que conduzcan a aplicar, con fundamento razonable, una ley estatal concreta”<sup>56</sup>.

## V. Cuestiones procesales

### V.1 El *forum executionis*

Cuando abordamos el tema de la competencia judicial internacional que tienen los tribunales estatales podemos encontrar que tal atribución ha sido dada bien sea como un foro personal, esto es, cuando una de las partes y en virtud de un punto de conexión, tiene un asiento permanente en el territorio del foro, bien sea por una cuestión de domicilio (personal o social) o residencia habitual. En este caso, se hablaría del domicilio del demandado el cual sería el factor de atribución de competencia.

---

<sup>55</sup> M.F.C von Savigny, Sistema de Derecho Romano Actual, [vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley, y precedido de un prólogo de Manuel Durán y Bas, Madrid, Centro Editorial de Góngora, [1839-1847] Tomo II, pp 338.

<sup>56</sup> Mario Oyarzábal, *op. cit.*, p. 151.

Sin embargo, en este caso, el factor que juega un rol preponderante no es el domicilio como tal, o el de la ubicación de bien, (*forum rei sitae*) sino el lugar de ejecución (cumplimiento) de la prestación característica o del contrato, esto es, entrega de las mercaderías o desarrollo de la obra contratada entre otros.

En este sentido afirma De la Rosa, que:

... que tanto los jueces del país donde ha de tener lugar la entrega de la mercancía, como los jueces del país donde ha de tener lugar la prestación del servicio, tienen competencia para conocer del conjunto de las cuestiones referidas al contrato, e igualmente para el conocimiento de obligaciones que deban tener cumplimiento en un país distinto (por ejemplo la obligación de pago en el contrato de compraventa) como respecto de una eventual acción de anulación del contrato<sup>57</sup>.

El foro correspondiente a la ejecución contractual en algunos casos puede ser objeto de selección por las partes en uso de su autonomía de la voluntad (cláusula de sumisión o acuerdo de elección del foro), sin embargo, hay algunos ordenamientos jurídicos (entre ellos el colombiano)<sup>58</sup> que establecen una competencia exclusiva cuando el contrato se ejecuta en su territorio. Esta norma conflictual en ciertas ocasiones podrá tener la connotación de regla de orden público o de policía dependiendo del nivel de vulneración que exista hacia una de las partes en la relación contractual (ejemplo contratos con consumidores).

Frente a este principio también debe quedar claro que la autonomía de las partes no debe permitir a una de ellas, o a ambas, buscar un tribunal más favorable que les permita evadir a aquél que por el cumplimiento de las obligaciones sea el más competente. Es preciso evitar acudir a la denominada figura del *forum shopping*, y llegado el caso, el tribunal que advierta un elemento extraño en su designación, podrá acudir a hacer uso de una figura muy conocida en la jurisdicción norteamericana como lo es la del *forum non conveniens* para desechar su competencia y remitir a las partes al foro que por los elementos intrínsecos del litigio sea el realmente competente.

El tribunal del lugar donde se realiza el cumplimiento o la ejecución contractual siempre será materia de discusión ya que no son muchos los ordenamientos jurídicos que le permiten a las partes subrogar la competencia de sus jueces para que sean otros los que por el simple capricho de las partes (o la parte más fuerte de la relación contractual) hayan sido escogidos para regular cualquier litigio relacionado con

---

<sup>57</sup> Esteban de la Rosa F. (2010). Nuevos avances hacia la materialización del foro del lugar de ejecución del contrato del Reglamento Bruselas I: la Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de febrero de 2010, *Diario La Ley*, Nº 7392, Sección Doctrina, 4.

<sup>58</sup> Numeral 3º artículo 28 Código General del Proceso: “*En los procesos originados en un negocio jurídico o que involucren títulos ejecutivos es también competente el juez del lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones. La estipulación de domicilio contractual para efectos judiciales se tendrá por no escrita*”.

dicho cumplimiento. En este sentido, el principio de *forum loci executionis* siempre tendrá un papel clave en entregarle al juez u operador jurídico la potestad de seleccionar el tribunal competente en virtud de los vínculos más estrechos entre el objeto del litigio, las partes y éste último.

## V.2 El *forum rei sitae*

El principio del *forum rei sitae* se dirige a afirmar esa exclusividad que se ha venido pregonando de siglos atrás (conservando una postura netamente territorialista y anacrónica) de acuerdo con la cual los tribunales del lugar donde se encuentra un bien, especialmente el que tiene el carácter de inmueble, serán competentes para conocer de cualquier acción que frente a los mismos se lleve. Esta postura tan estricta, se ha matizado un poco respecto a la calidad en la que se encuentra el bien y las afectaciones que sobre éste recaen. En tal sentido, se presenta una cuestión que puede dejar dudas y es cuando se trata de un contrato que se celebró sobre un bien un inmueble ubicado en un Estado diferente de aquel donde se llevó a cabo no sólo el contrato, sino que es el domicilio de ambos contratantes.

Frente a lo anterior tenemos por indicar que si bien la mayor parte de los vínculos recaen en este último Estado (lugar de celebración, lugar del pago) al parecer tales vínculos no son relevantes frente a la ley del foro. Tal cuestión ha sido uno de los motivos que han llevado a que establezcan los llamados foros alternativos, los cuales le permiten a las partes decidir ante cual tribunal acudir en un litigio donde está implicado un inmueble<sup>59</sup>.

En cuanto a esa exclusividad es de anotar que, desde un punto de vista teórico, el foro exclusivo de los órganos jurisdiccionales del lugar de situación de los bienes se justifica, en esta materia, por el interés público del Estado donde radiquen los inmuebles en gobernar toda la existencia jurídica de éstos, al cual

---

<sup>59</sup> A manera de ejemplo vemos como el Convenio de San Sebastián, 26 mayo de 1989 relativo a la adhesión de España y Portugal al convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil en su artículo 6 indica entre otros: “*El punto 1 del artículo 16 del Convenio de 1968 se sustituirá por el texto siguiente: 1. a) En materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, los tribunales del Estado contratante donde el inmueble se hallare sito. b) No obstante, en materia de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles celebrados para uso particular durante un plazo máximo de seis meses consecutivos son igualmente competentes los tribunales del Estado contratante donde estuviere domiciliado el demandado siempre que el arrendador y el arrendatario fueren personas físicas y estuvieren domiciliados en el mismo Estado contratante.*». A su vez el Artículo 24 del Reglamento (UE) No 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo del 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil indica que: “*Son exclusivamente competentes, sin consideración del domicilio de las partes, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que se indican a continuación: 1) en materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el inmueble se halle sito. No obstante, en materia de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles celebrados para un uso particular durante un plazo máximo de seis meses consecutivos, serán igualmente competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde esté domiciliado el demandado, siempre que el arrendatario sea una persona física y que propietario y arrendatario estén domiciliados en el mismo Estado miembro.*”

se concede preferencia sobre el interés de las partes –singularmente, la demandada– en litigar ante los tribunales del país de su domicilio<sup>60</sup>. Y es que de acuerdo con Fontanellas Morrel:

el carácter imperativo que este tipo de competencias tienen en algunas legislaciones nacionales –que, en los países en que así sucede, priva de eficacia a las sentencias extranjeras que lo hayan desconocido– y el interés en una buena administración de justicia – que coloca al Estado de situación de los bienes en la mejor posición para dirimir el pleito, porque, para el correcto desarrollo de éste, se exige frecuentemente la realización sobre el terreno de comprobaciones, encuestas o peritajes, la observancia de usos peculiares del lugar y la práctica de inscripciones en los registros de la propiedad de las demarcaciones en las que están ubicados los inmuebles<sup>61</sup>.

Por otro lado, la regla del *forum rei sitae* ha encontrado aplicación en el derecho uniforme que en el caso del Convenio de UNIDROIT de 1995 sobre la restitución de bienes culturales robados o ilegalmente exportados en su artículo 8º indica entre otros que:

(1) A claim under Chapter II and a request under Chapter III may be brought before the courts or other competent authorities of the Contracting State where the cultural object is located, in addition to the courts or other competent authorities otherwise having jurisdiction under the rules in force in Contracting States<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> Fernández Rozas J.C. & Sánchez Lorenzo S. (2015). *Derecho internacional privado*, 8ª ed. Editorial Civitas, 74.

<sup>61</sup> Fontanellas Morrel J. (2016). La erosión de la exclusividad del *forum rei sitae* en las acciones reales inmobiliarias, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 968.

<sup>62</sup> De manera análoga la legislación suiza regula la cuestión, en especial el Artículo 9º de Ley de Transferencia de Bienes Culturales de Suiza 2003 que destaca: “Quien posea bienes culturales importados ilícitamente en Suiza, puede ser demandado para su repatriación por el país desde el cual los bienes culturales fueron exportados ilícitamente. En particular, la demanda del país debe mostrar que el patrimonio cultural es de gran importancia para su patrimonio cultural y fue importado de manera ilícita”. En ese sentido, el artículo 98 de la Ley suiza de Derecho Internacional Privado que establece: “*Les tribunaux suisses du domicile ou, à défaut de domicile, ceux de la résidence habituelle du défendeur son compétents pour connaitre des actions réelles mobilières. Si le défendeur n’a ni domicile ni résidence habituelle en Suisse, les tribunaux suisses du lieu de situations de biens son compétents*”.

También en el numeral 4o del artículo 7º del Reglamento (UE) No 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo del 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil determina que:

Si se trata de una acción civil, basada en el derecho de propiedad, dirigida a recuperar un bien cultural según se define en el artículo 1, punto 1, de la Directiva 93/7/CEE, e incoada por la persona que reclama el derecho a recuperar dicho bien, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que se encuentre el bien cultural en el momento de interponerse la demanda.

Podemos entonces anotar que esta norma conflictual ha sido una de las que menos cambios o transformaciones ha sufrido en los últimos siglos, ello, por el carácter tan arraigado que tiene no sólo en los Estados, sino en las personas el factor territorio, cuestión esta que ha definido una competencia casi que exclusiva a favor de los tribunales locales. Creemos que todo lo anterior aplica de manera exclusiva para aquellos bienes que sean enteramente tangibles, ya que la virtualidad está poniendo en duda la aplicabilidad de las tradicionales normas jurídicas en espacios donde no es muy fácil determinar no sólo la ubicación, sino la materialidad de los bienes. El que ahora denominan Metaverso y en el cual las grandes empresas tecnológicas están invirtiendo sumas considerables de dinero creará un nuevo paradigma en cuanto a los principios no sólo de *la lex rei sitae*, sino del *forum rei sitae*.

### **V.3 El *forum loci delicti* – y la *lex loci delicti (commissi- damnum)***

Este es un principio que tiene como fundamento el daño y las consecuencias que del mismo se derivan, lo cual será determinado esencialmente y de manera casi universal por la ley del lugar donde el mismo se ha producido, o donde éste haya producido perjuicios por fuera del lugar de su ocurrencia. En este caso tiene aplicación la regla *lex loci delicti commissi* la cual será esencialmente la *lex fori* o *lex propria delicti* ya que por lo general será el derecho interno el que se encargue de determinar el nivel del daño y el grado de responsabilidad del (los) implicado(s) y el valor de los perjuicios que deba ser asumido; ello porque es la ley que tiene una relación más directa con el hecho.

De otro lado, tenemos el evento de la ocurrencia del hecho en un lugar determinado (Estado A), pero cuyos efectos dañinos se producen también en el territorio de otro ordenamiento jurídico (Estado B). Frente a esta situación creeríamos que tendría aplicación (en la mayoría de los casos) la misma *lex propria delicti*, como subsidiariamente la *commissi damnum*<sup>63</sup>. Respecto a este último supuesto, vemos que en principio tal cuestión será difícil de juzgar a la luz de la *lex situs*, en especial las consecuencias del daño que se produce en el territorio (Estado B); ello porque las partes implicadas y los efectos de la decisión judicial se vivirán en otro Estado (Estado A) y no en el del lugar donde se produjo la decisión. Y es que podría darse el caso que en el foro no se le reconozcan efectos a la decisión proferida por el juez extranjero

---

<sup>63</sup> Terblanche P. (1997). *Lex fori o lex loci delicti*, the problem of choice of law in international delicts, *Comparative and International Law Journal of South Africa*, 245.

ya que la misma al negar el reconocimiento de ciertos perjuicios (que si se reconocen en el foro) viola el orden público local<sup>64</sup>.

Ahora, frente a la cuestión que suscita el principio del *forum loci delicti* (tanto para la categoría *commissi* como *damni*) vemos que frente al asunto planteado, también resulta difícil para el juez resolver una cuestión jurídica que es gobernada por su derecho local por la simple cuestión de la ocurrencia del hecho que genera una responsabilidad en su territorio, pero que tiene vínculos más estrechos con otro ordenamiento jurídico como lo puede ser el del domicilio de las partes implicadas, o el de la nacionalidad de las partes. En este caso, el juez podrá desechar su competencia y dar aplicación al principio del *forum non conveniens*; sin embargo, ello podría ser tenido como un prevaricato, ya que al descartar su competencia por el simple hecho que el único vínculo de la situación con su ordenamiento jurídico es un espacio en su territorio y ello no es suficiente para atribuir jurisdicción alguna. Ahora, también es difícil que aplique el derecho extranjero sobre la responsabilidad civil extracontractual y la reparación derivada de la misma por encima de su derecho propio que es el competente de acuerdo con sus reglas de DIPr. Vemos que con tal actitud lo que hace es evitar el no reconocimiento de su decisión en el Estado donde tienen asienta las partes implicadas y donde reclamarán sus derechos derivados de tal cuestión. Entonces la relevancia en este caso es que los efectos de una sentencia en materia de responsabilidad civil extracontractual se produzcan esencialmente en el territorio donde la misma fue proferida.

#### V.4 El *forum shopping*

Esta cuestión que ha sido recogida en una norma conflictual nos lleva a identificar una conducta mediante la cual el demandante en un litigio con carácter internacional acude ante un tribunal extranjero el cual le brinda no sólo más confianza, sino la esperanza de que allí va a obtener un mejor resultado que si lo hubiera hecho en el foro normalmente competente para conocer de aquel litigio, y en atención a los vínculos de la situación jurídica con él. En este sentido es claro que el *forum shopping* depende de dos condiciones: La primera, implica que más de un tribunal debe estar potencialmente disponible para resolver el reclamo de los demandantes; la segunda, los diferentes sistemas legales disponibles deben ser heterogéneos, ello porque todos los sistemas legales fueran los mismos, los demandantes tendrían pocas razones para preferir un tribunal en lugar de otro<sup>65</sup>.

Frente a este asunto, vemos que no es un secreto que uno de los territorios donde más se utiliza es en las jurisdicciones de los Estados Unidos de Norteamérica, ya que se tiene la creencia, o quizás certitud, que los tribunales allí conceden muchos más beneficios que otros de Estados diferentes<sup>66</sup>. Para Koch esta cuestión se puede resumir en las siguientes líneas:

---

<sup>64</sup> Ehrenzweig A. (1960) The Lex Fori - Basic Rule in the Conflict of Laws, *Michigan Law Review*, 674.

<sup>65</sup> Whytock Ch. (2011). The Evolving Forum Shopping System, *Cornell Law Rev.* 481, 485.

<sup>66</sup> “..The United States has substantive and procedural laws that are more advantageous to plaintiffs than the laws of other countries. And, according to the conventional understanding, two features of the U.S. legal system encourage plaintiffs to bring transnational disputes to the United States by promising access to these

Justice Marshall describe American magnetism to foreign products liability claimants as follows: First, all but six of the 50 American states offer strict liability ... Second, the tort plaintiff may choose, at least potentially, from among 50 jurisdictions if he decides to file suit in the United States. Third, jury trials are almost always available in the United States ... Fourth, unlike most foreign jurisdictions, American courts allow contingent attorney's fees and do not tax losing parties with their opponents' attorney's fees... Fifth, discovery is more extensive in American than in foreign courts. Looking for a court that has jurisdiction over the defendant and choosing among several fora for the most favourable is the plaintiff's privilege: the defendant has no choice. To make up for this unequal treatment of parties, the basic rule of jurisdiction in most countries and international treaties is actor sequitur forum rei, that is, the plaintiff has to go to the defendant's court and ask for relief there. But if there are statutory alternatives (such as a court at the place of the injury, or where assets are to be found), then the defendant again is in poor condition. This of course is somewhat delicate because of its unequal treatment of the parties<sup>67</sup>.

Por eso, y quizás la tendencia a buscar tribunales más complacientes no es tan evidente en sistemas jurídicos propios del derecho continental, sin embargo, no puede afirmarse que ello no ocurra ya que, en el campo de la globalización internacional, tanto la movilidad como los intereses económicos hacen que su desarrollo sea más factible, y que este fenómeno experimente cierto nivel de crecimiento en jurisdicciones diferentes a la norteamericana.

## VI. Conclusiones

1ª. El derecho internacional privado es una ciencia que bien podría señalarse como especializada, pero con un moderado grado de abstracción, la cual cumple un papel fundamental en los flujos normativos que se producen por la interacción personal a nivel internacional, y que como señala Jiménez García:

---

*advantages. First, the United States employs a permissive approach to personal jurisdiction, giving plaintiffs both domestic and foreign-broad access to U.S. courts. Second, U.S. judges have a strong tendency to apply the U.S. substantive law that plaintiffs often prefer, even in lawsuits arising out of events occurring in foreign countries...". Whytock, idem, 483.*

<sup>67</sup> Koch H. (2006). International Forum Shopping and transnational lawsuit, *The Geneva papers on Risk and Insurance*, 298.

Una de las características de la reciente vida internacional ha sido lo que los sociólogos han denominado «diferenciación funcional» es decir, la creciente especialización de partes de la sociedad y la consiguiente autonomización de esas partes. Esto sucede tanto a nivel nacional como internacional. Una paradoja bien conocida de la mundialización es que, si bien ha conducido a una creciente uniformización de la vida social en todo el mundo, también ha conducido a su creciente fragmentación, es decir, a la aparición de esferas de acción social y estructuras especializadas y relativamente autónomas.

Los nuevos tipos de derechos especializados no surgen accidentalmente, sino que tratan de responder a nuevas necesidades técnicas y funcionales. Con mucha frecuencia surgen nuevas normas o regímenes precisamente a fin de apartarse de lo anteriormente dispuesto por el derecho general y cuando esas desviaciones se producen o resultan generales y frecuentes, la que padece es la unidad del derecho<sup>68</sup>.

2ª. El pragmatismo de las normas de DIPr se evidencia en su propia naturaleza ya que éstas no se dejan encasillar en un solo sistema jurídico; ellas en sí mismo son un método para llegar a una solución que prescinde de cualquier adscripción a un ordenamiento jurídico determinado. Las reglas conflictuales andan de manera libre en su propio universo y acuden cuando es necesario al llamado que les hacen los conflictos legales, ellas mismas son un derecho vivo, en acción cuya recompensa es hallar una solución a aquellos. No en vano afirma Barraud que:

El pragmatismo jurídico es en esencia la actitud intelectual de los juristas que se dedican al derecho en acción, a los resultados y consecuencias del derecho, que se centran en los hechos jurídicos más que en ficciones, abstracciones o ideales jurídicos, que privilegian las prácticas jurídicas frente a los textos jurídicos, que consideran que la ley es lo que hace, que por lo tanto se centran en los efectos de la ley<sup>69</sup>.

El término pragmatismo” proviene del latín “pragma” que significa “acción”. Por lo tanto, podemos oponer pragmatismo a dogmatismo (del latín “dogma” que resulta en “creencia”). El pragmatismo sería así la cualidad o simplemente la característica de quien se orienta hacia las acciones y no hacia las ideas, hacia los hechos y no hacia los pensamientos, hacia lo concreto y no hacia el intelecto, y que deja de lado

---

<sup>68</sup> Francisco Jiménez García, El derecho internacional como necesidad y factor social. reflexiones sobre su fundamento, concepto y método, Revista Española de Relaciones Internacionales. Número 2, pp 127 (citando a FRANCK, T.M., Fairness in International Law and Institutions, Oxford, 1995)

<sup>69</sup> Boris Barraud. Le pragmatisme juridique. L'Harmattan, Bibliothèque du droit, Jean-Paul Céré, 2017, pp 15

las intuiciones y las especulaciones, metafísicas o estipulativas de otro modo. reflexiones e interpretaciones, así como argumentos de autoridad<sup>70</sup>.

3ª. Las normas de DIPr sirven para conectar a los individuos en el mundo. Su movilidad e interacción dependen en gran medida de como puedan desplazarse e integrarse. Sólo esta clase de reglas pueden entender tal variedad de fenómenos. Y es que los sistemas jurídicos no pueden intercomunicarse si no existe un elemento o herramienta legal que permita el dialogo *inter* normativo; su coexistencia depende de cómo se produzca esa simbiosis, de ahí la importancia de estos instrumentos para encontrar y determinar el derecho aplicable a una situación jurídica dada.

4ª. Las reglas conflictuales son normas que no conocen de fronteras, han sido creadas para adaptarse a cualquier clase de cultura jurídica, no en vano la casi totalidad de los ordenamientos jurídicos del mundo tienen de una u otra manera esta clase de preceptos, ya que son los instrumentos para poder comunicarse con otros ordenes legales y definir con alto grado de certeza cual es el derecho apropiado para regular una condición legal reclamada.

5ª. Otras de las particularidades de esta clase de reglas es que no se les puede imputar juicios de valor porque no toman partido a favor de ninguna de las normas en conflicto, simplemente y después de controlar unos requisitos determinan cual es la apropiada. De igual manera, existe entre los legisladores una inclinación a permitir cierto grado de excepción (no tan estructurado y elaborado como la *comitas gentium*) y es que así como el derecho le permite a las partes en uso de la autonomía de la voluntad escoger el derecho aplicable a su relación contractual, en este caso, el ordenamiento jurídico interno posee unas normas que autorizan la aplicación de un derecho extranjero, o remiten al mismo. En este caso, el legislador no se abroga para él esa potestad de acuerdo con la cual sus normas son perfectas y están diseñadas para solucionar todo tipo de situaciones, así algunas de ellas posean elementos de extraneidad o vinculados con derechos extranjeros. Aquí existe de manera implícita (creemos que también expresa) una autorización para que se haga uso de otras normas que no nacieron en el seno de aquel ordenamiento jurídico sino de otro.

6ª. Las normas de DIPR no son más que la expresión del pragmatismo propio del derecho romano, las mismas encarnan principios que con riesgo a ser excomulgado podrían señalarse de generales. Los mismos no son otra cosa que la plasmación del adagio: “al pan, pan y al vino, vino”. No en vano, una de las pruebas de su sencillez y pragmatismo se hallan recogidas en las innumerables sentencias que durante siglos se han producido; en especial los famosos “*Arrêts*” de la Corte de Casación Francesa, entre otros tales como *Caraslanis (locus regit actum)*, *Société D.I.A.C contre Alfonso Oswald (lex rei sitae)* donde en sólo una página se expresa el valor intrínseco y atemporal de la solución que aparejan, así como riqueza de su contenido.

---

<sup>70</sup> *Ibidem*, pp 22

## VII. Bibliografía

- ABHINAV, Surana. (2015) International Civil Procedure and Principle of 'Lex Fori'.
- AL DABBAGH, Harith, (2006) Regards critiques sur les règles de conflit de lois en droit international privé irakien. R.I.D.C. 3.
- ARGUAS, Margarita, (1965). La regla *locus regit actum*. Publicaciones La Ley, Revista, 31.
- AUDINET, Eugene. (1920) Principios de Derecho Internacional Privado, Tomo I, La España Moderna.
- AUDIT, Bernard. (2010) Droit International Privé. Económica.
- BARRAUD, Boris. (2017) Le pragmatisme juridique. L'Harmattan, Bibliothèque du droit, Jean-Paul Céré.
- BATIFFOL, Henri – Paul LAGARDE, Paul. (1993) Traité de Droit International Privé. Tome I. L.G.D.J.
- CARTER, P.B. (1954) Rejection of foreign law: Some private international Law inhibitions, The British Yearbook of International Law, Volume 55, Issue I.
- CASTEL, J.G. (1957) De la forme des actes juridiques et instrumentaires en Droit International Privé Québécois, The Canadian Bar Review, Volumen 35, No. 6.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. (2003) Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la *Stream Of-Commerce*, en: Alfonso Luis Calvo Caravaca /P. Blanco-Morales, Globalización y Derecho, Editorial Colex.
- CORTESE, Ennio. (1995) Il diritto nella storia medievale, Volume II, Il Cigno CG Edizione.
- De la ROSA Fernando Esteban. (2010) Nuevos avances hacia la materialización del foro del lugar de ejecución del contrato del Reglamento Bruselas I: la Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de febrero de 2010, Diario La Ley, N° 7392, Sección Doctrina. Año XXXI.
- DICEY, Albert Venn, MOORE. John Basset. (1896) A Digest of the Law of England with reference to the conflict of law, Steven & Sons Ed.
- EHRENZWEIG, Albert A. (1960) The Lex Fori - Basic Rule in the Conflict of Laws, Michigan Law Review, Volume 58, Issue 5.
- FEDELE, Dante. (2020) *Ius gentium*: The Metamorphoses of a Legal Concept (Ancient Rome to Early Modern Europe), en Empire and Legal Thought Ideas and Institutions from Antiquity to Modernity, Ed. Edward Cavanagh, Brill Nijhof.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. (1995) “Artículo 9, apartado 10 del Código Civil: ley aplicable a los individuos que carecen de nacionalidad o la tienen indeterminada”, Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, eds.), t. I, vol. 2. Edersa.
- FERNÁNDEZ ROZAS José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. (2015) Derecho internacional privado, 8ª Editorial Civitas.
- FÉLIX, Jean Jacques Gaspard. (1843) Traité du droit international privé: ou, Du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé / Par. Joubert, Librairie de la Cour de Cassation.
- FONTANELLAS MORREL, Josep M. (2016) La erosión de la exclusividad del *forum rei sitae* en las acciones reales inmobiliarias, Anuario Español de Derecho Internacional Privado.
- GARCÍA CASTILLO, Tonatiuh. (2010) La *lex contractus* en los Contratos Internacionales, en Contratación y Arbitraje internacionales, Dir. Ricardo Méndez Silva, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D. (1978) Las relaciones entre *forum* y *ius* en el derecho internacional privado. caracterización y dimensiones del problema, Anuario Español de Derecho Internacional, No. 4.
- GROB DUHALDE, Francisco José. (2014) La ley aplicable a los contratos

- internacionales en ausencia de elección por las partes, Revista Chilena de Derecho. vol. 41 Nº 1.
- GUTERMAN, Simeon Leonard. (2019) Principio de la Personalidad del Derecho en los inicios de la Edad Media, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
  - HATZIMIHAİL, Nikitas E., Bartolus and the conflict of law, 1999. [[https://www.researchgate.net/publication/228204005\\_Bartolus\\_and\\_the\\_Conflict\\_of\\_Laws](https://www.researchgate.net/publication/228204005_Bartolus_and_the_Conflict_of_Laws)]
  - JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco. (1995) El derecho internacional como necesidad y factor social. reflexiones sobre su fundamento, concepto y método, Revista Española de Relaciones Internacionales. Número 2, pp 127 (citando a FRANCK, T.M., Fairness in International Law and Institutions)
  - KELSEN, Hans. (2000) Teoría pura del derecho. Editorial Unión.
  - KOCH, Harald. (2006) International Forum Shopping and transnational lawsuit, The Geneva papers on Risk and Insurance, 31.
  - LORENZEN Ernst G. (1941) The qualification, classification, or characterization problem in the conflict of law, The Yale law journal, Vol 50 No. 5.
  - MANZINI, Pasquale Stanislao. (1985) Sobre la Nacionalidad, (Edición de Antonio E. Pérez Luño), Trad. Manuel Carrera Díaz, Editorial Tecnos.
  - MAYALI, Laurent. (1999) Ius civile et ius commune dans la tradition juridique médiévale, en Études d'histoire du droit et des idées politiques, Presses de l'Université de Toulouse.
  - MARGADANT, Guillermo F. (1986) La segunda vida del Derecho Romano, Miguel Ángel Porrúa Ed
  - OCHOA JIMÉNEZ, María Julia. (2019) Normas de derecho internacional privado en materia de bienes: la regla *lex rei sitae* en América Latina y Colombia, Rev. Derecho Privado No. 37.
  - von OBERBECK, Alfred E. (1983) Cours Général de droit international privé, en Academie de Droit International, Recueil des Cours, Tome 176.
  - OYARZÁBAL, Mario J. A. (2006) La ley aplicable en los contratos en el ciberespacio transnacional, De Cita, 05-1.
  - PILLET, Antoine. (2010) Principes de Droit International Privé, Nabu Press.
  - PRYLES, Michael. (1980) The Time factor in Private International Law, Monash U. L. Review, 225.
  - RIGAUX, François. (1989) Espace et temps en droit international privé, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 1989/1 (Volume 22).
  - RODRÍGUEZ PRIETO, Rafael. (2007) Reseña del libro de Pasquale Stanislao Mancini sobre la Nacionalidad, Revista Internacional de Pensamiento Político, I Época I, Vol 2.
  - von SAVIGNY, M.F.C. (1847) Sistema de Derecho Romano Actual, [vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley, y precedido de un prólogo de Manuel Durán y Bas, Centro Editorial de Góngora, [1839-1847] Tomo II.
  - von SAVIGNY, F.C. (2005) Sistema de Derecho Romano Actual, Editorial Comares.
  - STORY, Joseph. (1841) Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in Regard to Contracts, Rights, and Remedies, and Especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments. Second Edition. Revised, Corrected and Greatly Enlarged. Originally published: A. Maxwell. XXXIV.

# DÉPEÇAGE: UN FENÓMENO COMÚN EN LA ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE\*



Willis L. M. Reese<sup>†</sup>

Traducción: Nuria González Martín

Jorge Alberto Silva

En medio del caos y el tumulto de la elección de la ley, hay al menos un punto en el que parece haber un acuerdo general en los Estados Unidos. Esto es que la elección de la ley aplicable debe depender con frecuencia de la cuestión involucrada.<sup>1</sup> La búsqueda en estos casos no es para el estado cuya ley se aplicará para gobernar todas las cuestiones en un caso; más bien es para el estado de derecho que más apropiadamente puede aplicarse para gobernar la cuestión en particular. Como resultado, surgen situaciones en las que el tribunal debe decidir si debe aplicar las normas de diferentes estados para determinar diferentes cuestiones en un solo caso. Este proceso de aplicación de las normas de diferentes estados para determinar diferentes cuestiones tiene el nombre prohibitivo del *dépeçage*, aunque a veces se lo conoce más coloquialmente como “picking-and-picking”. Hasta el momento se le ha prestado poca atención al ámbito adecuado de aplicación de este proceso. Rara vez ha atraído la atención de los tribunales<sup>2</sup>, sin duda, porque en los casos decididos hasta ahora las normas pertinentes de los Estados interesados generalmente solo han diferido con respecto a una cuestión. Del mismo modo, con algunas excepciones notables,<sup>3</sup> el proceso ha sido ignorado en gran medida por los escritores. En las páginas siguientes se intentará explorar algunos de sus aspectos.

En primer lugar, está el problema de la definición. El *dépeçage* se puede definir ampliamente para cubrir todas las situaciones en las que las normas de diferentes estados se aplican para regir diferentes cuestiones en el mismo caso. Puede definirse de manera más restrictiva para estar presente solo cuando las normas de diferentes Estados

---

\* Originalmente publicado como “*Dépeçage: A Common Phenomenon in Choice of Law*”, *Columbia Law Review*, Jan., 1973, Vol. 73, No. 1 (Jan., 1973), pp. 58-75 Published by: Columbia Law Review Association, Inc.

<sup>1</sup> Ver, e.g., Restatement (Second) of Conflict of Laws §§ 145, 186, 222, 283, 291, 294, 302 (1969).

<sup>2</sup> Una excepción sorprendente es *Manos v. Trans World Airlines, Inc.*, 295 F. Supp. 1166 (N.D. Ill. 1968), 295 F. Supp. 1171 (N.D. Ill. 1969) donde el tribunal sugirió que cinco cuestiones podrían ser determinadas cada una por la regla de un estado diferente. Ver también *Satchwill v. Vollrath Co.*, 293 F. Supp. 533 (E.D. Wis. 1968); *Long v. Pan American World Airways*, 16 N.Y.2d 337, 213 N.E.2d 796, 266 N.Y.S.2d 513 (1965) y los casos que se analizan a continuación en este artículo.

<sup>3</sup> Salvaje, *dépeçage in the Choice of Tort Law*, 41 S. Calif. L. Rev. 329 (1968); Cavers, *The Choice-of-Law Process* 40-43 (1965); Cavers, *Contemporary Conflicts Law in American Perspective*, 3 *Recueil Des Cours* 137-40 (1970).

para regir diferentes cuestiones sustantivas, y la definición más restrictiva limitaría el término a situaciones en las que al aplicar las normas de diferentes Estados a diferentes cuestiones se alcanza un resultado que no podría obtenerse mediante la aplicación exclusiva de la ley de ninguno de los Estados interesados. La primera de estas definiciones es la que se adopta en este artículo, ya que es la única lo suficientemente amplia como para permitir la discusión de todo el campo. Sin embargo, tiene la posible desventaja de abarcar situaciones que son indiscutibles, como el caso obvio en que la ley del foro se aplica a cuestiones de procedimiento y la ley que de otro modo sería aplicable a cuestiones de fondo. En cambio, la segunda definición presentaría dificultades de aplicación debido a la incierta línea de distinción entre cuestiones de fondo y procedimiento. Tampoco permitiría el examen de situaciones excepcionales en las que la aplicación del derecho del foro a cuestiones que comúnmente se consideran de procedimiento puede no ser apropiada. La tercera definición sería demasiado restrictiva. Sin duda, cubriría al menos la mayoría de las situaciones difíciles. Sin embargo, al centrar la atención solo en un segmento relativamente estrecho del campo, tendería a oscurecer lo que se cree que son los factores y valores básicos involucrados. Parece probable que el uso del *dépeçage* aumente en los próximos años. Hoy en día, se afirma comúnmente que, con respecto a cada cuestión, el tribunal debe tratar de aplicar la norma relevante del Estado que tiene la mayor preocupación en la determinación de esa cuestión.<sup>4</sup> La aplicación de esta noción conducirá inevitablemente al *dépeçage*, ya que se puede esperar ya que se puede esperar que surjan casos con cierta frecuencia no solo tienen la mayor preocupación en la determinación. Por lo tanto, en una acción por lesiones personales de un pasajero invitado contra el conductor de un automóvil, el estado donde ocurrió el accidente tendrá, al menos al menos, la mayor preocupación en la aplicación de sus normas relacionadas con las normas de conducta, mientras que la cuestión de si el conductor debe disfrutar de alguna inmunidad especial de responsabilidad extracontractual hacia el huésped puede ser de mayor preocupación para el estado donde el conductor y el invitado están domiciliados.<sup>5</sup> Entonces, si las normas de estos estados con respecto a estos dos temas resultan ser diferentes, habrá que elegir entre ellos.

También parece probable que un mayor uso del *dépeçage* sea un subproducto inevitable del desarrollo de normas satisfactorias de elección de la ley aplicable. En contraste con las normas generales que se han probado y que se han considerado deficientes,<sup>6</sup> es probable que las nuevas normas, si realmente vamos a desarrollar dichas normas, es probable que tengan un alcance limitado en número elevado.<sup>7</sup> Con frecuencia se dirigirán, a lo sumo, a relativamente pocas cuestiones, con el resultado de que habrá muchos casos en los que las nuevas normas de elección de la ley requerirán que dos o más de las cuestiones involucradas estén determinadas por la norma de un estado diferente. Estas normas recientemente elaboradas estarían sujetas a serias excepciones si no se aplicaran en tales casos debido a objeciones al *dépeçage*.

En consecuencia, no podían proporcionar a los tribunales y litigantes el grado deseado de facilidad de aplicación, certeza y previsibilidad. En resumen, la voluntad de hacer un uso liberal del *dépeçage* parecería un requisito previo para el desarrollo satisfactorio de normas restrictivas de elección del Derecho aplicable.

---

<sup>4</sup> Ver *Babcock v. Jackson*, 12 N.Y.2d 473, 481, 191 N.E.2d 279, 283, 240 N.Y.S.2d 743, 749 (1963) (per Fuld, J.).

<sup>5</sup> Ver *Babcock v. Jackson*, 12 N.Y.2d 473, 191 N.E.2d 279, 240 N.Y.S.2d 743 (1963).

<sup>6</sup> Como, por ejemplo, la regla del lugar de perjuicio en las responsabilidades y el lugar de fabricación y las reglas de lugar de cumplimiento en los contratos.

<sup>7</sup> Ver en general Reese, *Choice of Law: Rules or Approach*, 57 Cornell L. Rev. 315 (1972).

En las páginas que siguen, la atención se dirigirá primero a situaciones en las que, se piensa, el uso del *dépeçage* es apropiado o inapropiado. A continuación se debatirán algunos problemas inciertos, incluida la difícil cuestión de si debe evitarse el *dépeçage* cuando su uso podría dar lugar a una alteración del propósito de una o más de las normas aplicadas. Por último, se examinará cuál será el efecto probable sobre el uso del *dépeçage* de un mayor desarrollo de normas reales de elección de la ley. Se intentará identificar los factores que deben guiar a los tribunales para determinar si se debe o no utilizar el *dépeçage*. Se afirmará que no existe un factor único, sino que debe consultarse una serie de factores.

## I. Cuando el *dépeçage* es apropiado

El *dépeçage* es claramente apropiado cuando [concorre] la aplicación de normas de diferentes Estados para determinar diferentes cuestiones de un mismo caso (a) daría lugar a la aplicación a cada cuestión de la norma del Estado con mayor preocupación en la determinación de esa cuestión, (b) serviría para llevar a cabo el propósito de cada una de las normas aplicadas, y c) no defraudaría las expectativas de las partes. El *Dépeçage* también puede ser apropiado cuando su uso sirva a otros valores de elección de la ley aplicable, como la protección de las expectativas justificadas de las partes, aunque esto pueda distorsionar o amenazar con distorsionar el propósito de una o más de las normas aplicadas. Del mismo modo, como se discutirá en una parte final de este artículo, el uso del *dépeçage* a veces puede ser requerido por una norma estricta de elección de ley.

Comencemos con un caso obvio, uno que involucra cuestiones de fondo y procedimiento. Tomar una acción de lesiones personales derivadas de un accidente en el estado X y que se encuentra entre las partes domiciliadas en X. La demanda se presenta en el estado Y, y una de las cuestiones ante el tribunal es la admisibilidad de ciertas pruebas de oídas. Aquí parece claro que el tribunal Y debe aplicar las normas X pertinentes de responsabilidad civil, pero debe determinar la admisibilidad de la prueba de acuerdo con su propia ley. Al hacerlo, el tribunal Y determinaría cada cuestión de acuerdo con la norma del Estado con la mayor preocupación en la determinación de esa cuestión en particular. Aplicaría las normas X responsabilidad civil a las conductas que tuvieron lugar y causaron las lesiones en X y que involucraron solo a X partes.<sup>8</sup> Por otro lado, aplicaría sus propias normas de prueba por la razón de que el estado del foro, simplemente porque el foro, tiene una preocupación obvia en la forma en que se llevan a cabo los litigios en sus tribunales.<sup>9</sup> La aplicación de esta manera de las normas X e Y serviría para llevar a cabo las políticas bajo estas normas mentirosas y no defraudar las expectativas de las partes. En la medida en que pensarán en el asunto, las partes naturalmente esperarían que se aplicara la ley X para determinar sus derechos y responsabilidades en materia de responsabilidad civil. Y seguramente sus expectativas no se verían defraudadas por la aplicación de la ley Y para determinar la admisibilidad de la prueba, ya que no habrían tenido en mente las normas de la prueba en el momento en que actuaron en X.

La aplicación de una norma surgida de meros rumores (*rule of hearsay*) sería adecuada en tal caso, incluso si la norma correspondiente en X fuera diferente e incluso si la aplicación de esta última norma hubiera llevado a un

---

<sup>8</sup> Restatement (Second) of Conflict of Laws § 145 (1969).

<sup>9</sup> Restatement (Second) of Conflict of Laws § 122, comment a; § 127 (1969).

resultado final diferente. La eficiencia de la administración judicial en Y se vería seriamente obstaculizada si los tribunales Y aplicaran cualquier norma probatoria que no fuera la suya propia. Del mismo modo, la aplicación de la norma Y surgida de meros rumores (*rule of hearsay*) no sería injusta para las partes, ya que, como se ha indicado anteriormente, no actuaron basándose en la aplicabilidad de ninguna norma particular de prueba. La aplicación de la norma Y surgida de meros rumores (*rule of hearsay*) sería adecuada incluso si las normas de responsabilidad extracontractual de X e Y también fueran diferentes, de modo que la aplicación de la norma conduciría a un resultado que no podría obtenerse mediante la aplicación exclusiva de las leyes X o Y. El *dépeçage* no se vuelve inadecuado siempre que su uso conduzca a un resultado que no podría alcanzarse bajo la ley de ninguno de los estados interesados. Después de todo, los casos multiestatales presentan consideraciones diferentes a las puramente locales.<sup>10</sup>

Pasemos ahora a un caso, inspirado en *Babcock v. Jackson*,<sup>11</sup> que involucra solo cuestiones sustantivas y donde el uso del *dépeçage* parece igualmente apropiado. Supongamos que en el estado X, donde ambos están domiciliados, el demandado invita al demandante a acompañarlo como su invitado en un viaje en automóvil que comenzaría en X, pasaría por varios estados vecinos y eventualmente terminaría en X. El demandante resulta lesionado en un accidente en el estado Y, y a partir de entonces presenta una demanda en X para recuperarse de sus lesiones. El accidente no habría ocurrido si el automóvil hubiera sido equipado con un dispositivo de seguridad requerido por la ley Y pero no por la de X. Además, los tribunales Y han sostenido que la operación de un automóvil sin tal dispositivo de seguridad constituye negligencia *per se*. Por otro lado, un conductor goza de inmunidad completa de responsabilidad extracontractual ante su huésped bajo la ley Y. No tiene tal inmunidad bajo la ley de X. Parece razonablemente evidente que en este caso el tribunal X debería conceder la reparación al demandante mediante el uso del *dépeçage*, aunque no pudiera obtener reparación contra el demandado mediante la aplicación exclusiva de las leyes X o Y. Dado que las partes estaban domiciliadas en X, el viaje debía comenzar y terminar en X, y, supondremos además, que el automóvil estaba registrado en X y el demandado estaba asegurado contra la responsabilidad civil en virtud de una póliza emitida en X, parece claro que X es el estado con mayor preocupación en la determinación de la cuestión de si el demandado debe ser inmune a la responsabilidad extracontractual para el demandante. Y esto sería cierto si el propósito de la ley de pasajeros invitados Y era proteger al conductor contra la ingratitud del huésped o proteger a la compañía de seguros contra la colusión del huésped y el conductor. Por otro lado, parece igualmente claro que Y es el estado de mayor preocupación con respecto a la cuestión de la pertinentes de responsabilidad civil del demandado por no equipar el automóvil con el dispositivo de seguridad requerido. Ningún estado tiene una preocupación tan grande como Y en la seguridad de sus carreteras;<sup>12</sup> para promover tal seguridad que Y requeriría la instalación del dispositivo de seguridad y que los tribunales Y sostuvieron que el incumplimiento era negligencia *per se*. La aplicación en este caso de la norma X de que un conductor no goza de inmunidad especial de responsabilidad extracontractual para su huésped y de la norma Y relativa al dispositivo de seguridad promovería el propósito de cada norma y daría lugar a la aplicación de la norma del Estado con la mayor preocupación en la determinación de cada cuestión. En estas circunstancias, el uso del *dépeçage* parecería apropiado.

<sup>10</sup> Cavers, *The Choice-of-Law Process* 40-43 (1965).

<sup>11</sup> 12 N.Y.2d 473, 191 N.E.2d 279, 240 N.Y.S.2d 743 (1963).

<sup>12</sup> Véase *id.* en 483, 191 N.E.2d at 284, 240 N.Y.S.2d at 750-51.

Ahora tomemos un caso, inspirado en *Bernkrant v. Fowler*, donde la protección de las expectativas de las partes<sup>13</sup> es un factor que requiere el uso del *dépeçage*. Supongamos que, mientras está domiciliado en el estado X, A promete oralmente a B en el estado Y hacer provisión para B en su testamento si B acelera el pago de la deuda que debe a A. Basándose en esta promesa, B, que está domiciliado en Y, realiza el pago acelerado en Y. A, sin embargo, muere, todavía domiciliado en X, sin haber cumplido su parte del trato. A tenía capacidad legal para celebrar este contrato bajo la ley de X pero no bajo la de Y. Por otro lado, los contratos orales para hacer testamentos son ejecutables bajo la ley Y, pero no son vinculantes bajo el estatuto de fraudes de X. Cabe señalar que esta es también una situación en la que no se puede obtener reparación mediante la aplicación exclusiva de las leyes X o Y. Por otro lado, mucho se puede decir a favor de otorgar alivio a través del uso del *dépeçage*. La aplicación de la norma X de la capacidad jurídica parecería requerida por los dictados del sentido común. Tal aplicación parecería proteger las expectativas de las partes al mantener el contrato. Por otra parte, la aplicación de la norma Y de incapacidad jurídica parecería contraproducente. Decepcionaría las expectativas de B, a un domiciliado Y, y dado que A estaba domiciliado en X, sería poco probable que avanzara en cualquier política de X o Y.<sup>14</sup> El estatuto X de fraudes presenta un problema más grave. El propósito de este estatuto se vería claramente favorecido por su aplicación en el presente caso, ya que es casi seguro que fue diseñado para proteger los patrimonios de los testadores X contra reclamaciones falsas.<sup>15</sup> Por razones expuestas por el juez Traynor en *Bernkrant v. Fowler*, sin embargo, la aplicación del estatuto en un caso como el presente sería de dudosa sabiduría. Aquí la promesa se hizo en otro estado, bajo cuya ley era ejecutable, a una persona domiciliada en ese estado y debía ser realizada allí por él. En el momento en que se hizo la promesa, no había forma de decir dónde estaría domiciliado al morir. En tales circunstancias, una norma que exija la aplicación del estatuto de fraudes del Estado en el que el promitente estaba domiciliado en el momento de su fallecimiento haría incierta la eficacia jurídica de muchos contratos para hacer un testamento.<sup>16</sup> Por lo tanto, mucho se puede decir en tal caso para subordinar el fomento del propósito del estatuto X de fraudes con el fin de proteger las expectativas de las partes. Esta es entonces una ilustración de una situación en la que el uso de *dépeçage* para proteger las expectativas de las partes al defender un contrato parecería estar justificado a pesar de que esto se hace al precio de no obtener más importancia del propósito de una regla invalidante de una interesada estado. Y esto podría ser cierto a pesar de que en el estatuto X de fraudes y en la regla X de capacidad se encuentre, de alguna manera, relacionada para la aplicación de una regla sin que la otra pueda distorsionar el propósito de ambos.

La experiencia adicional puede indicar que existen otros valores básicos, además de la protección de las expectativas de las partes, que justificarían el uso del *dépeçage* para evitar aplicar una norma de otro modo de un Estado interesado. Por ejemplo, muchas de las recientes decisiones de elección de la ley aplicable en el campo de las responsabilidades tal vez puedan explicarse mejor como derivadas del deseo por parte de los tribunales en una acción por lesiones personales de aplicar la norma de un estado que proporcionaría alivio al demandante.<sup>17</sup> Tal vez la concesión de una indemnización llegue a considerarse como un valor básico en algunas áreas de las responsabilidades, al igual que la protección de las expectativas de las partes en los

---

<sup>13</sup> 55 Cal. 2d 588, 360 P.2d 906, 12 Cal. Rptr. 266 (1961).

<sup>14</sup> Restatement (Second) of Conflict of Laws § 198, comment b (1969).

<sup>15</sup> Restatement (Second) of Conflict of Laws § 141, comments band f (1969).

<sup>16</sup> 55 Cal. 2d at 595-96, 360 P.2d at 910, 12 Cal. Rptr. at 270.

<sup>17</sup> Véase, por ejemplo, *Tooker v. Lopez*, 24 N.Y.2d 569, 249 N.E.2d 394, 301 N.Y.S.2d 519 (1969); *Miller v. Miller*, 22 N.Y.2d 12, 237 N.E.2d 877, 289 N.Y.S.2d 734 (1968).

contratos<sup>18</sup> y los fideicomisos.<sup>19</sup> De ser así, cabe esperar que los tribunales utilicen el *dépeçage* para permitir la aplicación de una norma que otorgue reparación.

## II. Cuando el *dépeçage* es inapropiado

El *dépeçage* es, por supuesto, inapropiado cuando conduce a la aplicación de una norma que no se puede aplicar constitucionalmente, como, por ejemplo, la norma de un estado que carece de jurisdicción legislativa.<sup>20</sup> Entonces, en una demanda presentada por un neoyorquino contra otro neoyorquino para recuperarse de las lesiones personales sufridas en un accidente automovilístico inglés, sería inconstitucional que un tribunal de Nueva York aplicara la norma de Nueva York que indica que uno debe conducir en el lado derecho de la carretera a pesar de que el tribunal aplicó la ley inglesa para determinar todas las demás cuestiones sustantivas. También sería inapropiado que un tribunal aplicara el *dépeçage* de una manera tal que a) diera lugar a la aplicación a cada cuestión de la norma de un Estado que tiene poco o ningún interés en la determinación de esa cuestión y b) no sirviera para llevar a cabo el propósito de cada una de las normas aplicadas.

Tomemos como ejemplo una variación de *Babcock v. Jackson*.<sup>21</sup> Supongamos que X es el estado donde el conductor y el huésped están domiciliados y donde el viaje en automóvil debe comenzar y terminar, que Y es el estado donde ocurre el accidente y el huésped se lesiona, que bajo la ley X el conductor goza de inmunidad de responsabilidad extracontractual para el huésped y es negligencia *per se* conducir a más de 50 millas por hora, y que Y no tiene estatuto de pasajero invitado y no tiene ninguna norma que declare negligencia *per se* conducir por arriba de una velocidad designada. Claramente, sería inapropiado y, con respecto a la norma en cuanto a la velocidad probablemente inconstitucional también, que un tribunal fallara para el demandante aplicando la norma Y en cuanto a la pertinentes de responsabilidad civil de un conductor a un huésped y la norma X en cuanto a la velocidad, suponiendo que el accidente ocurrió en un momento en que el móvil automático se conducía a una velocidad superior a 50 millas por hora. Es casi seguro que X tiene un mayor interés que Y en la cuestión de si el conductor debe disfrutar de una inmunidad especial de responsabilidad extracontractual para el huésped.<sup>22</sup> Por el contrario, Y tiene un interés mayor, y probablemente exclusivo, en la cuestión de la velocidad a la que el automóvil debe ser conducido por Y.

También es probable que un *dépeçage* sea inapropiado cuando sirva para frustrar las expectativas de las partes. Un ejemplo es el caso hipotético mencionado inmediatamente anterior. Casi con toda seguridad, el conductor, si hubiera pensado en el asunto, esperaría que se aplicaran las normas Y de velocidad, en lugar de las de X, para determinar la corrección de su conducta en Y. Muy posiblemente, de hecho, habría sido consciente de la norma Y en cuanto a la velocidad y habría moldeado su conducta en consecuencia. Otros ejemplos de situaciones en

---

<sup>18</sup> Restatement (Second) of Conflict of Laws § 188, comentario b (1969).

<sup>19</sup> Restatement (Second) of Conflict of Laws § 269, comentarios f-g; § 270, comentarios b-d (1969).

<sup>20</sup> *Home Insurance Co. v. Dick*, 281 U.S. 397 (1930).

<sup>21</sup> 12 N.Y.2d 473, 191 N.E.2d 279, 240 N.Y.S.2d 743 (1963).

<sup>22</sup> *Arbuthnot v. Allbright*, 35 App.Div.2d 315, 316 N.Y.S.2d 391 (3d Dep't 1970), distinguishing *Kell v. Henderson*. 26 App.Div.2d 595, 270 N.Y.S.2d 552 (3d Dep't 1966).

las que el uso del *dépeçage* sería sospechoso por razones similares es cuando llevaría a la invalidación de un contrato o un fideicomiso.

Se quejará de que todas estas hipótesis son tan obvias que rayan en inútiles. Se admite libremente que son obvios. La dificultad es que es difícil imaginar situaciones menos obvias que estas en las que el uso del *dépeçage* seguramente sería inapropiado. Ahora se discutirán las situaciones de mayor incertidumbre, lo que mucho dependerá de los hechos precisos y de la filosofía particular de elección de la ley aplicable. A partir de entonces, se prestará atención al probable efecto sobre el *dépeçage* sobre el desarrollo de normas estrictas y rápidas de elección de la ley aplicable.

### III. Situaciones más inciertas

Una cuestión relacionada con el *dépeçage* se ha planteado sistemáticamente en la escasa redacción sobre el tema. Se trata de si su uso debe ser necesariamente inadecuado siempre que distorsione o amenace con distorsionar el propósito de una o más de las normas aplicadas. Dicha alteración puede ocurrir en dos situaciones. Puede ocurrir cuando solo se aplica la parte de una norma. También puede ocurrir cuando la aplicación de solo una de dos o más normas conexas conduce a un resultado que es incompatible con la finalidad de las normas combinadas. Tomemos, por ejemplo, el caso de *Slater v. Mexican National R.R. Co.*,<sup>23</sup> que involucró una acción presentada en un tribunal federal con sede en Texas para recuperarse por la muerte injusta en México de un empleado del ferrocarril demandado. El empleado y su familia estaban domiciliados en Texas, mientras que el ferrocarril demandado se incorporó en Colorado y operaba una línea de Texas a la Ciudad de México. Se dictó una sentencia de suma global para los demandantes de acuerdo con la práctica de Texas, aunque la forma adecuada de alivio bajo la ley mexicana habría sido un decreto que pedía pagos periódicos sujetos a modificación a la luz del cambio de circunstancias. Esta sentencia fue revocada por la Corte Suprema sobre la base de que, como declaró el juez Holmes, sería “injusto permitir que un demandante venga aquí absolutamente dependiendo de la ley extranjera para la fundación de su caso, y sin embargo negar al demandado el beneficio de cualquier limitación a su responsabilidad que la ley impondría”.<sup>24</sup> Este fue, por supuesto, el resultado exigido por la doctrina de los derechos adquiridos, de la que el juez Holmes fue uno de los principales exponentes. Pero esta doctrina ahora está en mala reputación, y la pregunta es si sería inapropiado hoy en día que un tribunal de Texas otorgue a los demandantes un derecho de acción por muerte injusta bajo la ley mexicana y, sin embargo, aplique la medida de daños de Texas. Hacerlo podría posiblemente distorsionar el propósito de la norma mexicana. Podría instarse, por otro lado, que Texas, el estado del domicilio del fallecido y sus familiares, tenga una mayor preocupación que México en cuanto a la cantidad y forma de reparación, y que la aplicación de la norma sobre daños y perjuicios de Texas no sería injusta para el demandado, ya que difícilmente podría haber actuado basándose en la norma mexicana y tener al menos una conexión tan estrecha con Texas como con México.

Una cosa está clara. El uso del *dépeçage* puede ser constitucionalmente permisible en una situación en la que se distorsionaría el propósito de una norma que se aplica. Así lo demuestra *Tennessee Coal, Iron & R. Co. v.*

---

<sup>23</sup> 194 U.S. 120 (1904).

<sup>24</sup> *Id.*, pág. 126.

George.<sup>25</sup> Ese caso involucró una acción presentada en Georgia por un empleado contra su empleador para recuperar los daños y perjuicios a causa de las lesiones sufridas en Alabama en el curso de su empleo. La acción se basó en un estatuto de Alabama que hacía que un empleador fuera responsable ante su empleado por lesiones “causadas por cualquier defecto en la condición de las formas, obras, maquinaria o planta” del empleador.<sup>26</sup> El demandado presentó una declaración de culpabilidad sobre la base de que otro estatuto de Alabama establecía expresamente que todas las acciones en el estatuto mencionado anteriormente “deben presentarse en un tribunal de jurisdicción competente dentro del Estado de Alabama y no en otro lugar”.<sup>27</sup> El tribunal de Georgia sostuvo una objeción a esta petición, y el Tribunal Supremo afirmó, que “el lugar no forma parte del derecho; y un Estado no puede crear una causa transitoria de acción y, al mismo tiempo, destruir el derecho a demandar por esa causa transitoria de acción en cualquier tribunal que tenga jurisdicción”.<sup>28</sup> En esta medida, al menos, es admisible la alteración de la finalidad de una ley. En el curso de su opinión, la Corte Suprema sugirió, sin embargo, que existen algunas restricciones constitucionales sobre el poder de un tribunal para distorsionar al afirmar que se debe dar plena fe y crédito” a todas esas disposiciones sustantivas del estatuto que derivó en la causa de la acción o en las que depende el derecho a demandar.”<sup>29</sup> La decisión más reciente del Tribunal Supremo en *Crider v. Zurich Ins. Co.*<sup>30</sup>, sostuvo que Alabama tenía el privilegio de considerar una acción basada en la Ley de Indemnización de los Trabajadores de Georgia, a pesar de que las decisiones de Georgia eran en el sentido de que la Junta de Compensación de Georgia solo podía conceder una reparación en virtud de esta Ley. Se dijo que la norma del caso George había sido “erosionada” en la medida en que impediría que los tribunales de un segundo Estado otorgaran una reparación que difería del “recurso especial” que estaba “acoplado” con las disposiciones sobre la responsabilidad en la que se basaba la acción<sup>31</sup>.

Aparte de la coacción constitucional, la cuestión de si el uso de la *dépeçage* es inapropiado siempre que distorsione o amenace con distorsionar el propósito de una norma solo puede responderse a la luz de lo que se concibe como el verdadero objetivo del proceso. La respuesta será ciertamente afirmativa si se cree que el único objetivo del *dépeçage* es promover los propósitos de las normas aplicadas.<sup>32</sup> La respuesta puede ser diferente si se cree lo contrario que el objetivo debe llegar a la mejor adaptación posible de todos los factores que subyacen a la elección de la ley. Estos factores, como se indica en la Sección 6 del Restatement (Segundo) of Conflict of Laws, son las necesidades de los sistemas interestatales e internacionales, las políticas pertinentes del foro, las políticas pertinentes de otros Estados interesados y su grado relativo de preocupación en la determinación de la cuestión en particular, la protección de las expectativas justificadas, las políticas básicas que subyacen al campo particular del derecho, la certeza, la previsibilidad y la uniformidad de los resultados, y la facilidad en la determinación y aplicación de la ley que se aplicará. Según este último punto de vista, el hecho de que el uso del *dépeçage* distorsione o amenace con distorsionar la finalidad de una de las normas aplicadas no es en sí mismo un control. El *dépeçage* debe utilizarse, incluso en tal situación, si su uso estaría respaldado por al menos

---

<sup>25</sup> 233 U.S. 354 (1914).

<sup>26</sup> Id. en 358, citando Alabama Code of 1907, § 3910.

<sup>27</sup> Id., citando la declaración del demandado.

<sup>28</sup> Id. en 360.

<sup>29</sup> Id.

<sup>30</sup> 380 U.S. 39 (1965).

<sup>31</sup> Id. en 44.

<sup>32</sup> Wilde, nota supra 3, at 358.

la mayoría de los otros factores mencionados anteriormente. El problema se aclarará después de que se hayan discutido algunos casos.

En *Maryland Casualty Co. v. Jacek*,<sup>33</sup> una esposa de Nueva Jersey resultó herida por la negligencia de su esposo de Nueva Jersey en un accidente automovilístico en Nueva York. Bajo la ley de Nueva Jersey, los cónyuges no podían demandarse mutuamente por responsabilidad civil. En Nueva York, la norma se había cambiado para permitir tales demandas, pero simultáneamente se había enmendado la Ley de Seguros de Nueva York para establecer que “no se considerará que ninguna póliza o contrato se asegure contra cualquier responsabilidad de un asegurado debido a la muerte o lesiones a su cónyuge ... a menos que se incluya una disposición expresa”.<sup>34</sup> La póliza de seguro del marido, que le había sido expedida en Nueva Jersey, no contenía tal disposición, por lo que la aseguradora interpuso una demanda para un juicio declarativo de que su póliza no cubría la responsabilidad por las lesiones de la esposa. Aplicando el *dépeçage*, el tribunal dictó sentencia contra la aseguradora. La ley de Nueva York, el lugar del accidente, se aplicó para sostener que el marido era responsable en agravio a su esposa, mientras que la ley de Nueva Jersey, el lugar de fabricación del contrato de seguro, se aplicó para determinar la cobertura. Este resultado no podría haberse alcanzado a través de la aplicación exclusiva de la ley de Nueva York o Nueva Jersey y, podría decirse que ha distorsionado el propósito de la norma pertinente de cada estado. Contrariamente a la norma de Nueva Jersey, el marido era considerado responsable ante la esposa, y contrariamente a la norma de Nueva York, la póliza de seguro se mantenía para cubrir la responsabilidad.

No obstante, se sostiene que la decisión fue correcta. Un resultado contrario bien podría haber decepcionado las expectativas legítimas del marido. La póliza, de acuerdo con sus términos, lo aseguraba sin calificación contra cualquier responsabilidad en lo que pudiera incurrir por la operación negligente del automóvil. Y incurrió en tal responsabilidad ante su esposa bajo la ley de Nueva York, que era la ley aplicable por la norma que elige la ley de Nueva Jersey. Además, no es en absoluto seguro que la decisión del tribunal que la póliza cubriera esta responsabilidad distorsionara el propósito de la norma de Nueva Jersey o de Nueva York. Incluso la investigación más ardua probablemente no habría revelado con ningún grado de certeza el propósito de la norma de Nueva Jersey de inmunidad inter-esposos. Los orígenes de esta norma de decisión se remontan a los primeros años del derecho consuetudinario. Las razones frecuentemente esgrimidas para explicar su existencia son las doctrinas del derecho consuetudinario sobre la identidad jurídica de los cónyuges, el deseo de fomentar y preservar la armonía conyugal y, más recientemente, el deseo de proteger a las compañías de seguros de reclamaciones falsas.<sup>35</sup> Solo el último de estos propósitos, si realmente fuera un propósito, de la norma se vería frustrado al permitir la reparación bajo la póliza. En cualquier caso, algunos indicios de que la norma en sí no fue considerada de importancia abrumadora por los tribunales de Nueva Jersey se puede deducir del hecho de que no la habrían aplicado para determinar los derechos y responsabilidades de los cónyuges de Nueva Jersey que estuvieron involucrados en un accidente fuera del estado. Sin lugar a dudas, los tribunales de Nueva Jersey habrían sostenido que la póliza cubría la responsabilidad del esposo hacia su esposa si el accidente hubiera ocurrido en un estado, como Connecticut, que ha abolido la inmunidad inter-esposos y no califica, al igual que Nueva York, la cobertura del seguro con respecto a esta responsabilidad.<sup>36</sup> A diferencia de la norma de Nueva Jersey, el propósito del estatuto de Nueva York es claramente proteger al asegurador contra la colusión por

<sup>33</sup> 156 F. Supp. 43 (D.N.J. 1957).

<sup>34</sup> NY. INS. LAW § 167 (McKinney 1966).

<sup>35</sup> Restatement (Second) of Conflict of Laws § 169, comment b (1969).

<sup>36</sup> *Landers v. Landers*, 153 Conn. 303, 216 A.2d 183 (1966); cf. *Mertz v. Mertz*, 271 N.Y. 466, 3 N.E.2d 597 (1936).

parte de los cónyuges. Pero de ninguna manera está claro, y de hecho parece muy dudoso, que el estatuto estaba destinado a aplicarse a las pólizas de seguro emitidas a no neoyorquinos fuera de Nueva York. Dadas las circunstancias, se cree que el tribunal determinó correctamente la cobertura de la póliza de acuerdo con el significado literal de sus disposiciones. Al hacerlo, el tribunal dio efecto a la política de elección de la ley que favorece la protección de las expectativas de las partes, y de ninguna manera está claro que los propósitos respectivos de las normas estatales pertinentes estuvieran seriamente distorsionados, si es que efectivamente estaban distorsionados.

Como bien lo ilustra el caso *Jacek*, a menudo es difícil determinar el propósito o los propósitos de una norma. A menudo es aún más difícil determinar si este propósito o estos propósitos se verían distorsionados por la aplicación o no aplicación de la norma en un caso que involucra elementos multiestatales. Cuando exista tal incertidumbre, puede ser prudente subordinar el peligro de crear alteración al logro mediante el uso del *dépeçage* de otros valores de elección de la ley aplicable. *Lillegraven v. Tengs*<sup>37</sup> es otro ejemplo de ello. Un demandante, como pasajero en un viaje en automóvil de Seattle a Alaska, sufrió lesiones en un accidente en Columbia Británica. En lugar de buscar reparación contra el conductor, inició una acción en Alaska contra el propietario bajo la Ley de Vehículos Motorizados de Columbia Británica, que hizo que el propietario fuera responsable de las responsabilidades de cualquier persona que condujera su automóvil con su consentimiento. Alaska no tenía tal estatuto. La acción se presentó dentro del estatuto de limitaciones de dos años de Alaska, pero más allá del período de un año de Columbia Británica. Esta última disposición figuraba en el mismo estatuto que imponía responsabilidad al propietario y, naturalmente, sostenía que debía considerarse que calificaba el derecho de acción del demandante. Esta afirmación fue rechazada por el tribunal de Alaska sobre la base de que la ley en cuestión contenía una serie de disposiciones, y no había razón para suponer que la Legislatura de Columbia Británica había dado “especial consideración” a la disposición de un año “sobre el derecho particular que se pretendía hacer cumplir..., a diferencia de otros derechos a los que la ley también era aplicable”.<sup>38</sup> En consecuencia, el órgano jurisdiccional de Alaska concluyó que la disposición de un año debía tratarse como un plazo de prescripción ordinario y que no había “ninguna buena razón” por la que la política de Alaska en cuanto a las limitaciones debiera dar paso a la política diferente de la Columbia Británica.

No está del todo claro que el tribunal de Alaska distorsionara el propósito del estatuto de Columbia Británica al responsabilizar al propietario sin aplicar la disposición de un año contenida en el mismo estatuto. No hay alteración si el único propósito de la disposición de un año es proteger a los tribunales de la Columbia Británica contra el peligro de ser engañados por testimonios rancios; había alteración si la disposición tenía por objeto, única o parcialmente, proteger a las partes. El tribunal de Alaska asumió, sin haber hecho una investigación real, que el estatuto tenía este último propósito. Aun así, la alteración del propósito probablemente no fue mayor que en cualquier caso en el que, aplicando la norma habitual de que el derecho del foro rige las cuestiones de limitación, un tribunal conoce de un derecho de acción que surge bajo la ley de otro estado y está prohibido por el estatuto de limitaciones de ese estado.<sup>39</sup> La decisión puede justificarse además sobre la base de que Alaska, siendo el domicilio tanto del demandante como del demandado, era el Estado con mayor preocupación en cuestiones de equidad hacia ellos.

---

<sup>37</sup> 375 P.2d 139 (Alas. 1962).

<sup>38</sup> Id. en 141.

<sup>39</sup> Restatement (Second) of Conflict of Laws § 142 (1969).

Pasemos ahora a *Kilberg v. Northeast Airlines, Inc.*<sup>40</sup>, donde la alteración estuvo claramente presente. En ese caso, el difunto, domiciliario en Nueva York, había comprado en Nueva York un boleto a la aerolínea demandada, que está incorporada en Massachusetts, para el transporte de Nueva York a Nantucket, Massachusetts. El difunto murió cuando el avión se estrelló en Nantucket mientras intentaba aterrizar. Se presentó una acción para la reparación de daños y perjuicios en Nueva York sobre el estatuto de muerte injusta de Massachusetts, que, tal como estaba en ese momento, limitaba la reparación contra un transportista común a no menos de \$ 2,000 o más de \$ 15,000. Por mayoría de votos, la Corte de Apelaciones de Nueva York sostuvo que en los hechos del caso no se debía aplicar la limitación de Massachusetts sobre daños y perjuicios. Sostener lo contrario, en opinión del tribunal, violaría la política pública de Nueva York, ya que la Constitución de Nueva York prohibía expresamente una limitación en la cantidad de reparación por muerte injusta. El resultado alcanzado, aunque no necesariamente el razonamiento empleado, ha sido generalmente aplaudido y ha sido declarado constitucional por el Tribunal Federal de Apelaciones para el Segundo Circuito en *Pearson v. Northeast Airlines, Inc.*,<sup>41</sup> un caso que surge del mismo accidente aéreo. En este último caso, sin embargo, el juez Friendly discrepó. Dijo, al principio, que habría sido constitucional que Nueva York, en vista de sus estrechos contactos con el caso, aplicara su propio estatuto de muerte por negligencia. En su opinión, sin embargo, Nueva York no podía, bajo plena fe y crédito, aplicar el estatuto de muerte injusta de Massachusetts para determinar si el demandado era responsable de la muerte y, al mismo tiempo, negarse a aplicar la limitación contenida en ese estatuto en cuanto a la cantidad de reparación. Él declaró:

... Los términos y condiciones de una reclamación creada por ley reflejan inevitablemente el equilibrio de la legislatura de aquellas consideraciones que favorecen y de aquellas que se oponen a la imposición de responsabilidad. El legislador puede no estar dispuesto a crear la reclamación en términos que permitan que se ejecute sin límite de cuantía. ... La Cláusula de Entera Fe y Crédito asegura que... la legislatura que crea la reclamación no tiene por qué sopesar el riesgo de que los tribunales de los Estados hermanos que consideran sus "actos públicos" como fuente de derechos hagan caso omiso de las condiciones sustanciales que ha impuesto. Esta consideración es inaplicable en posturas en las que el foro, mirando únicamente a su propia ley sustantiva, ignora por completo la del estado hermano. Es cierto que la conducta en el estado promulgante ha recibido consecuencias diferentes de lo que deseaban los legisladores de ese estado; pero ese es el resultado inevitable de la duplicación de la jurisdicción legislativa que nunca se puede evitar por completo, incluso en nuestro sistema federal.<sup>42</sup>

Claramente, hubo alteración en *Kilberg* y *Pearson*, pues es obvio que la legislatura de Massachusetts pretendía que un derecho de acción por muerte injusta debería estar sujeto a severas limitaciones sobre la cantidad de reparación. De hecho, es muy posible que estos dos casos involucraran el tipo de alteración más importante que hasta la fecha ha aparecido en los libros. Sin embargo, se cree que el resultado alcanzado fue correcto. En vista de sus contactos con el caso, Nueva York habría estado facultada para aplicar su propio estatuto de muerte por negligencia para determinar los derechos de las partes. ¿Por qué entonces no podía seguir un curso más moderado y aplicar solo su norma sobre daños y perjuicios?<sup>43</sup> Además, Nueva York tenía al menos una preocupación tan grande como Massachusetts en la medida de la reparación, ya que tanto en *Kilberg* como en

---

<sup>40</sup> 9 N.Y.2d 34, 172 N.E.2d 526, 211 N.Y.S.2d 133 (1961).

<sup>41</sup> 309 F.2d 553 (2d Cir. 1962).

<sup>42</sup> Id. en 565-66.

<sup>43</sup> Cavers, *Contemporary Conflicts Law in American Perspective*, 3 RECUEIL DES Cours 75, 139 (1970).

Pearson los difuntos estaban domiciliados en Nueva York, el viaje comenzó en Nueva York, y el demandado, aunque se incorporó en Massachusetts, hizo negocios considerables en Nueva York.

Kilberg y Pearson tienen implicaciones aún más amplias. El propósito del estatuto de Massachusetts involucrado en estos casos era, como mínimo, limitar la reparación por una muerte injusta que ocurrió en Massachusetts y que fue causada por un demandado de Massachusetts. Este propósito se vería frustrado, como lo fue en estos casos, por la aplicación del estatuto de Massachusetts para proporcionar el derecho de acción y de la ley de Nueva York para determinar la medida de reparación. Sin embargo, este propósito se habría visto igualmente frustrado por la aplicación exclusiva del estatuto de muerte injusta de Nueva York para proporcionar una reparación ilimitada. En otras palabras, estos casos nos enseñan que la frustración del propósito puede ser causada en igual grado, ya sea por la aplicación de una sola parte de una norma, o de una de dos o más normas relacionadas, o por el desprecio total de la norma y la aplicación de la norma de algún otro estado en su lugar. Sin duda, el desprecio por la norma de un estado a favor de la norma de otro es el “resultado evitable” (*in-avoidable result*), para usar el término del juez Friendly, del hecho de que hay muchos casos multiestatales en los que no solo podrían aplicarse constitucionalmente las normas de dos o más estados para determinar un tema en particular, sino donde el propósito de cada una de estas normas se vería favorecido por la aplicación de esa norma. La frustración del propósito es, por lo tanto, un subproducto inevitable de la elección de la ley. El problema involucrado es esencialmente el mismo si esta frustración resulta de aplicar una norma de una manera que distorsiona su propósito o simplemente de no aplicar la norma. La cuestión de si es apropiado, mediante el uso del *dépeçage*, distorsionar el propósito de una norma, ya sea aplicando solo una parte de la norma o aplicando solo una de dos o más normas conexas, debe determinarse a la luz de los mismos factores que consideran los tribunales al decidir si se aplica la norma de un Estado en lugar de la norma de otro.

Lo que se ha dicho anteriormente puede aclararse discutiendo una variación de Kilberg y Pearson. Supongamos una situación fáctica idéntica a la involucrada en estos casos, excepto que Nueva York no tenía un estatuto de muerte injusta propio. ¿Sería inapropiado en tal caso que un tribunal de Nueva York basara una acción por muerte injusta en el estatuto de Massachusetts, pero que no tenga en cuenta la limitación de ese estatuto sobre la cantidad de reparación? Se cree claramente que la respuesta es afirmativa, pero no simplemente sobre la base de que el propósito del estatuto de Massachusetts se distorsionaría; tal alteración estaba igualmente presente en los casos reales de Kilberg y Pearson, que se cree que se decidieron correctamente. Más bien, el error de la corte se derivaría en parte del hecho de que su alteración del propósito del estatuto de Massachusetts no fue contrarrestada por otros factores de elección de la ley. Dado que se asume en el caso planteado que Nueva York no tiene un estatuto de muerte por negligencia, es difícil creer que cualquier política significativa de Nueva York avanzaría al permitir la reparación ilimitada en esta acción particular por muerte injusta. Del mismo modo, la concesión de esa reparación ilimitada no estaría respaldada por ningún otro factor de elección de la ley aplicable. Seguramente, no parecería proteger ninguna expectativa legítima de las partes, asumiendo, como parece poco probable, que tuvieran alguna expectativa sobre el punto. Seguramente también, esta combinación de la norma de Massachusetts, de una manera que distorsionaría el propósito de esa norma, con una norma de Nueva York de reparación ilimitada, que se había diseñado para la ocasión, no parecería promover los valores de elección de la ley de certeza, previsibilidad y uniformidad de resultados, y facilidad en la determinación y aplicación de la norma que se ha de aplicar.

Tal decisión de la corte de Nueva York también implicaría mucho más que un abuso del *dépeçage*. En el caso planteado, Nueva York no tiene un estatuto propio de muerte por negligencia y, por lo tanto, no tiene una norma que rijan la medida de reparación por muerte injusta. Para otorgar una reparación ilimitada al

demandante, el tribunal tendría que hacer más que aplicar una norma de Nueva York para determinar un problema y una norma de Massachusetts para determinar otro. En cambio, el tribunal tendría que inventar una norma de Nueva York de daños por muerte injusta para aplicar en el caso particular. Al hacerlo, el tribunal habría viajado mucho más allá de los límites del *dépeçage*. No se habría limitado a “elegir y elegir” entre las normas existentes de dos o más estados. Habría creado una nueva norma sustantiva de daños y perjuicios sin ninguna base clara en la política para hacerlo.

Otro caso hipotético puede servir para llevar este punto a casa. Supongamos que el estado X impone una responsabilidad estricta a las aerolíneas, pero limita la cantidad permisible de reparación. El Estado Y, por otro lado, permite la reparación ilimitada, pero solo sobre la base de negligencia o de mala conducta intencional.<sup>44</sup> En estas circunstancias, ¿sería apropiado que un tribunal Y permitiera la reparación ilimitada en una acción presentada para recuperar las lesiones sufridas por un residente Y en un accidente aéreo en X que ocurrió sin culpa alguna por parte de la aerolínea demandada? Claramente, la respuesta debe ser negativa. Una fuente de objeción podría ser que tal combinación de la norma de responsabilidad de X y la norma de reparación de Y distorsionaría los propósitos de ambas leyes, ya que ninguna de las dos leyes permite la reparación ilimitada contra un demandado que no tiene culpa. Una objeción mucho más seria es que el tribunal Y no se limitaría a elegir entre las normas existentes. Más bien, estaría creando una nueva norma de derecho sustantivo para la ocasión; a saber, una norma Y que permita la reparación ilimitada en caso de responsabilidad objetiva. La creación de una nueva norma a los efectos de un único asunto es algo muy diferente y mucho más probable que sea objetable que el uso del *dépeçage*.

Pasamos ahora a una situación en la que el uso del *dépeçage* debería ser adecuado, aunque podría haber cierta alteración del propósito de una de las normas aplicadas. Supongamos que A y B, conductor e invitado-pasajero que están domiciliados en el estado X, están involucrados en un accidente en el estado Y en el que B muere. El accidente no habría ocurrido si el automóvil hubiera sido equipado con un dispositivo de seguridad requerido por la ley Y pero no por la de X. Los tribunales Y también han sostenido que la falta de instalación de este dispositivo es negligencia *per se*. Tanto X como Y tienen estatutos de muerte por negligencia; el estatuto Y impone límites a la cantidad de reparación, mientras que el estatuto X no lo hace. ¿Sería apropiado bajo estas circunstancias que un tribunal X en una acción por muerte injusta responsabilizara a A bajo la norma Y pero permitiera la reparación ilimitada bajo la norma de X?

A diferencia de los casos de Kilberg y Pearson, sostener este efecto no podría justificarse debido a que el resultado idéntico podría haberse logrado mediante la aplicación exclusiva de la ley sustantiva de X. Además, dicha posesión distorsionaría el propósito de la ley de muerte por negligencia Y si la disposición de limitación de daños de ese estatuto estuviera relacionada de alguna manera con la norma que impone la responsabilidad objetiva por lesiones resultantes del abuso del dispositivo de seguridad. Sin embargo, X parecería ser el estado con mayor preocupación en la medida de la reparación, ya que todas las partes estaban domiciliadas allí. La aplicación de la ley X para determinar esta cuestión seguramente no defraudaría las expectativas de las partes y, suponiendo al menos que el viaje comenzara y terminara en X, podría pensarse que estaba en línea con estas expectativas. Aún más importante, la aplicación de la ley X podría promover los valores de elección de ley de uniformidad, previsibilidad y facilidad de aplicación. La mejor manera de servir a estos valores es mediante la formulación de normas de elección de la ley aplicable. Y la aplicación en este caso de la norma X relativa a la

---

<sup>44</sup> Este caso hipotético se plantea en Wilde, nota 3 *supra*, at 358.

medida de cobro podría ser un paso inicial hacia la formulación y aceptación definitiva de una norma según la cual se aplicará la ley del domicilio común de las partes para determinar la medida de reparación por homicidio culposo, siempre que, al menos, esta ley permita una reparación mayor que la ley del estado de conducta y lesión. Sin duda, los mismos valores se alcanzarían mediante la aplicación rígida a todas las cuestiones de la ley del estado de conducta y lesiones, pero los casos recientes dejan en claro que los tribunales no están dispuestos a cumplir con una norma que lo abarca todo. La norma sugerida anteriormente podría funcionar bien en la práctica.

A modo de ejemplo final, tomemos un caso en el que se piensa que el uso del *dépeçage* sería inapropiado. Supongamos que en la hipótesis anteriormente mencionada, el estatuto de muerte por negligencia del estado X permitió la reparación solo por el cónyuge y los hijos del fallecido, mientras que el estatuto Y extendió sus beneficios a un grupo más amplio de beneficiarios. Claramente, en tal situación, sería inapropiado que un tribunal X otorgara la reparación a algún otro pariente bajo el estatuto Y, y al mismo tiempo permitiera la reparación ilimitada de daños y perjuicios bajo su propia ley. Al hacerlo, el tribunal X estaría distorsionando el propósito de ambos estatutos de muerte injusta involucrados y no estaría promoviendo otros valores de elección de ley.

Para reiterar, una serie de factores están involucrados en la elección de la ley. Uno de estos factores es la promoción de los propósitos subyacentes a las normas pertinentes de los Estados en cuestión. Este es un factor importante, pero que en ocasiones será superado por el resto. En resumen, el *dépeçage* no siempre debe evitarse simplemente porque su uso distorsionaría o amenazaría con distorsionar el propósito de una de las normas aplicadas. En particular, el uso del *dépeçage* puede ser requerido, incluso al precio de la alteración, por una norma de elección de la ley aplicable. Este es el último punto al que nos dirigimos ahora.

#### IV. El impacto de las normas de elección de la ley aplicable

Una de las cuestiones básicas en la elección de la ley hoy en día es si las normas son deseables.<sup>45</sup> Existe un acuerdo general en que muchas de las viejas normas, particularmente las de responsabilidades y contratos, han funcionado mal en la práctica y ahora deberían abandonarse. Por el momento, todo lo que se puede hacer con frecuencia es intentar en cada caso llegar a la mejor adaptación posible de los diversos factores de elección de la ley. La cuestión es si los tribunales deberían tratar de seguir adelante a partir de esta etapa y desarrollar nuevas normas de elección de la ley tan pronto como se sientan competentes para hacerlo a la luz de la experiencia acumulada. Con toda probabilidad, estas normas -si es que realmente vamos a tener tales normas- serán mucho más numerosas y mucho más estrechas en alcance que las antiguas. Con frecuencia, se dirigirán a un solo tema o a un pequeño grupo de temas relacionados. Esto sería un resultado natural de la tendencia actual a hacer que la elección de la ley aplicable dependa de la cuestión precisa involucrada.

Las normas de elección de la ley aplicables a una sola cuestión conducirán inevitablemente a la especificación, es decir, a situaciones en las que se aplican las normas de diferentes Estados para determinar diferentes

---

<sup>45</sup> Ver en general Reese, nota supra 7.

cuestiones en el mismo caso. Cuando una norma de elección de la ley exige la aplicación de una norma determinada, esa norma debe aplicarse normalmente incluso a riesgo de alteración. Hacer lo contrario privaría la norma de la certeza de aplicación, que es un atributo vital de un estado de derecho. Por supuesto, la norma de elección de la ley aplicable en cuestión debe interpretarse correctamente y aplicarse correctamente. Cuando parezca que se pide la aplicación de una norma de una manera que distorsione gravemente el propósito de esa norma, hay motivos para dudar y reconsiderar. Tal vez finalmente se llegue a la conclusión de que, correctamente interpretada, la norma de elección de la ley aplicable en cuestión no requiere tal resultado.

Ilustrativo de lo que se acaba de decir son *Maryland Casualty Co. v. Jacek*<sup>46</sup> y *Lillegraven v. Tengs*.<sup>47</sup> Estos casos ya han sido discutidos, y se concluyó que probablemente ambos se decidieron correctamente, aunque en cada uno de ellos el propósito de una de las normas aplicadas puede haber sido distorsionado. La corrección de estas decisiones se hace más clara cuando se consideran desde el punto de vista de las normas de elección de la ley aplicable. Se recordará que la cuestión que se planteaba en el asunto *Jacek* era si la póliza de seguro del marido cubría su responsabilidad frente a su esposa. El accidente había ocurrido en Nueva York, bajo cuya ley el marido era responsable aunque no lo sería en Nueva Jersey, el estado donde estaban domiciliados los esposos. Sin embargo, según la ley de Nueva York, la póliza no cubriría esta responsabilidad en particular, ya que no contenía una disposición expresa a tal efecto. El tribunal sostuvo que el esposo era responsable ante la esposa por aplicación de la ley de Nueva York, y que la póliza cubría esta responsabilidad mediante la aplicación de la ley de Nueva Jersey. La afirmación de que la ley de Nueva Jersey regía la cuestión de la cobertura de la póliza está respaldada por la Sección 193 del Restatement (Segundo) of Conflict of Laws, que establece que las cuestiones relacionadas con una póliza de seguro de responsabilidad civil generalmente deben ser determinadas por “la ley local del estado que las partes entendieron que era la ubicación principal del riesgo asegurado durante el plazo de la póliza”. En *Jacek*, este estado era Nueva Jersey, ya que sin duda el automóvil estaba principalmente estacionado allí. Un tribunal que se adhiriera a la regla de la Sección 193 no tendría problemas con un caso como *Jacek*. Aplicaría la norma designada en la Sección, a saber, la de Nueva Jersey, sin tener en cuenta la cuestión de si al no aplicar la norma pertinente sobre seguros de Nueva York estaba distorsionando el propósito de la norma de Nueva York que sí aplicaba, a saber, la norma de que un marido es responsable de las lesiones ilícitas causadas a su esposa. Si el tribunal hiciera lo contrario, destruiría la integridad y la certeza de la aplicación de su norma de elección de la ley aplicable.

En *Lillegraven v. Tengs*, el tribunal de Alaska aplicó su propio estatuto de limitaciones para mantener oportunamente una acción basada en un estatuto de Columbia Británica y en el tiempo prescrito por una disposición contenida en ese mismo estatuto. El demandante no habría tenido derecho de acción contra el demandado bajo la ley de Alaska. Al llegar a su decisión, el tribunal se basó en la norma bien establecida de elección de la ley de que se deben aplicar los estatutos de prescripción del foro,<sup>48</sup> excepto cuando la acción “está prohibida en el estado de la ley aplicable por un estatuto de limitaciones que prohíbe el derecho y no simplemente el recurso”.<sup>49</sup> El Tribunal de Justicia consideró que el Estatuto de la Columbia Británica no era de este último tipo. Es muy posible que se expresen dudas con respecto a la sabiduría de la norma de que el foro

---

<sup>46</sup> 156 F. Supp. 43 (D.N.J. 1957).

<sup>47</sup> 375 P.2d 139 (Alas. 1962).

<sup>48</sup> Restatement (Second) of Conflict of Laws § 142 (1969).

<sup>49</sup> Restatement (Second) of Conflict of Laws § 143 (1969). SO. La regla ha sido llamada “un accidente de la historia”. Ver *Bournias v. Atlantic Maritime Co.*, 220 F.2d 152, 154 (2d Cir. 1955) (per Harlan, J.).

aplicará normalmente su propio plazo de prescripción, incluso en un caso en que su período sea más largo que el del estado de la ley aplicable.<sup>50</sup> Pero la norma, mientras persista, debe aplicarse.

## V. Conclusión

El *dépeçage*, como se usa en este documento, es el proceso de aplicar las normas de diferentes estados para determinar diferentes cuestiones en el mismo caso. El uso de este proceso parecería ser una parte integral del enfoque moderno de la elección de la ley aplicable, que con frecuencia requiere que la elección de la ley aplicable dependa de la cuestión precisa de que se trate. A veces, el uso del *dépeçage* conducirá a un resultado que no podría obtenerse mediante la aplicación exclusiva de la ley de uno de los estados interesados. Esto no presenta ninguna dificultad, excepto en una situación en la que el propósito de una o más de las normas aplicadas se distorsionaría. Incluso aquí, sin embargo, el uso del *dépeçage* puede ser apropiado si fomentara otros factores o valores importantes de elección de la ley. Es particularmente probable que el uso del *dépeçage* sea apropiado en estas circunstancias cuando lo exija una norma real de elección de la ley aplicable.

---

<sup>50</sup> La regla ha sido llamada “un accidente de la historia”. Véase *Bournias v. Atlantic Maritime Co.*, 220 F.2d 152, 154 (2d Cir. 1955) (por Harlan),



JURISPRUDENCIA

---

## Ley aplicable a la responsabilidad civil objetiva

**RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA. EL JUEZ DE UNA ENTIDAD FEDERATIVA PUEDE APLICAR LA LEGISLACIÓN SUSTANTIVA DE OTRA EN DONDE OCURRIÓ EL SINIESTRO BASE DE LA ACCIÓN RELATIVA, ANTE EL DESDOBLAMIENTO DE UN CASO EXTRAORDINARIO DE COLABORACIÓN DE COMPETENCIA (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 121 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS).**

**Hechos:** Dentro de un juicio ordinario civil, en el que la responsabilidad civil objetiva –por hechos ocurridos en el Estado de Tabasco– fue la acción intentada, se tramitó ante la potestad del Juez en la Ciudad de México y se estimó correcto resolver el asunto donde se hicieron valer derechos personales, con base en la legislación civil sustantiva de la entidad federativa en que ocurrió el siniestro base de la acción, a pesar de que el Juez competente haya sido el que ejerce jurisdicción de acuerdo con su ordenamiento legal adjetivo en diverso Estado de la República.

**Criterio jurídico:** Este Tribunal Colegiado de Circuito determina que de la interpretación al artículo 121 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se colige que el Juez de una entidad federativa puede aplicar la legislación sustantiva de otra en donde ocurrió el siniestro base de la acción en la que se reclama la responsabilidad civil objetiva, ante el desdoblamiento de un caso extraordinario de colaboración de competencia.

**Justificación:** Lo anterior, porque de la intelección realizada a la fracción I del artículo 121 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que no es posible desligarlo de las demás fracciones, pues nuestro Máximo Tribunal ha señalado que dicho precepto debe interpretarse en el sentido de que las cuatro fracciones son complementarias y fijan de qué modo las entidades federativas, en el ámbito de sus competencias, se relacionan entre sí, articulando sus órdenes jurídicos para solucionar los conflictos que surjan en ellas. Esto es, no establece reglas competenciales, sino generales de colaboración entre las entidades federativas. Así, al tratarse de un juicio en el que se resolverán derechos personales derivados de la responsabilidad civil objetiva, la sentencia que ahí se dicte sólo podrá ser ejecutada en otra entidad federativa, cuando la demandada se haya sometido expresamente o por razón de domicilio, pues se está ante un caso extraordinario en el que resulta aplicable la legislación sustantiva del lugar en el que acontecieron los hechos origen de la reclamación y no de aquel en donde se lleva el juicio, sin que esto implique una aplicación extraterritorial de la norma de un Estado en otro, al no establecer el artículo 121 constitucional reglas de competencia, sino de colaboración<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN – JUNIO 2022. Amparo directo 405/2020. Deysi del Carmen Félix Montero. 22 de abril de 2021. Unanimidad de votos. Ponente: Aurora Álvarez Plata, secretaria de tribunal autorizada por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrada. Secretario: Juan Ignacio Gómez Meza. Esta tesis se publicó el viernes 10 de junio de 2022 a las 10:16 horas en el Semanario Judicial de la Federación.



NOTAS

---

## Responsabilidad civil de vendedores y fabricantes de armas

### Nota y comentario de la demanda de México contra fabricantes de armas en EUA



Jorge Alberto Silva\*

¿Cuál es la responsabilidad civil de quien vende o fabrica un arma y la muerte de alguna persona? La respuesta a esta pregunta es la clave para determinar, en parte, el éxito de la demanda de México contra los vendedores y fabricantes en EUA. La decisión se complica debido a que no es problema propio del derecho mexicano, sino internacional.

El problema comienza a partir de una demanda de México presentada ante las autoridades estadounidenses, a ser regida conforme al derecho estadounidense y ante jueces estadounidenses.

Hay dos cuestiones a resolver en el caso mencionado: la competencia de los tribunales estadounidenses y la ley aplicable. Para comenzar carecemos de tratado internacional sobre el tema. Además, México, en este proceso, no goza de inmunidad judicial. Se trata de un caso en el que México, un estado soberano, se somete voluntariamente a la soberanía o jurisdicción de otro estado. En derecho internacional la demanda califica como un acto de *iuri gestionis*, no en de un acto de *iure imperii*. Aunque este punto no fue abordado en la resolución desestimatoria estadounidense.

El caso comienza con una demanda que México presentó ante los tribunales de EUA en contra de fabricantes y vendedores de armas para que respondan por la muerte de muchísimas personas del lado mexicano. Se reclamó una enorme cantidad de dinero como pago por el daño causado (10 billones de dólares). Pero en septiembre de 2022 la Corte de Distrito de Boston (USA) rechazó darle entrada a la demanda (*this Court does not have the authority to ignore an act of Congress*). Su ley (*Protection of Lawful Commerce in Arms Act* o PLCAA) no admite demandas sobre responsabilidad de fabricantes cuando de por medio se encuentran aquellas personas que las han empleado *motu proprio* (*for their intended purpose*), como se dice en la resolución.

---

\* Profesor de Derecho de los conflictos y Presidente de la Asociación Nacional de Profesores de Derecho Internacional Privado (México). Promotor de la Academia Mexicana de DIPr, miembro de ASADIP e investigador nacional CONACyT, nivel III. Actualmente jubilado, luego de 50 años en la docencia y la investigación.

El profesor Michael C. Dorf (de la Universidad de Cornell) opinó, hasta antes del rechazo de la demanda que presentaba “sólidos fundamentos morales y políticos”, pero que la ley de 2005 sobre armas (PLCAA), difícilmente la admitiría, como así ocurrió.

A mi parecer, es interesante resaltar que los homicidios cometidos en México, por parte de narcotraficantes, se deben, en gran medida, a las armas que han traído a México de contrabando, aunque también por falta de una adecuada política. La demanda, al menos ha puesto la atención en un punto que debe atenderse. Otra cosa es el argumento legal y jurídico esgrimido, en el que me detengo.

Un examen de la perspectiva mexicana me hace pensar en diferentes temas: por un lado, el tipo o enfoque de la responsabilidad civil sustantiva alegada y, por otro, la cuestión internacional.

Con relación a la responsabilidad civil el punto sobre el que México se apoyó consiste en resolver si la causa alegada es la que da lugar al efecto producido. Esto es, el que alguien venda o fabrique un arma ¿da lugar necesariamente a la muerte de una persona? Este es uno de los puntos abordados en la resolución estadounidense.

El tema de la *relación causal no es fácil* en el ámbito jurídico, ni siquiera el mexicano, como lo admite la doctrina mexicana. A mi parecer, México planteó una tesis o idea propia de la naturaleza, propia de las causas físicas y naturales. Me explicaré.

El gobierno mexicano se apoyó en una tesis naturalista, no aceptada en el derecho. De ser aceptada, sostendría que la causa de la causa es la causa de lo causado (*causa causae est causa causati*), lo que nos lleva a un infinito de causas hacia el pasado. Pues la causa de cualquier efecto debe entenderse como el paso o pasos necesarios sin los cuales no se hubiera producido un resultado. Si no hubiese existido una primera causa, nunca se hubiese producido el resultado alegado.

Veamos, si a partir del efecto se busca la causa, cabría la hipotética posibilidad de un regreso al infinito. Si un arma hecha de hierro y plomo fue la que logró la muerte, más atrás está el propietario de la mina que extrajo el material, y aún más atrás, el funcionario que otorgó el permiso para explotar la mina y así; incluso hasta el padre que engendró al que adquirió la mina, y una más atrás, a los abuelos y bisabuelos, hasta el infinito. Sin estos, no hubiera existido explotador de la mina ni fabricante.

Una posibilidad para destrabar la tesis naturalista y entrar en la jurídica podría ser tomar en cuenta la *causa próxima e inmediata*, esto es, la última causa, para no irnos tan atrás. En realidad, tampoco es una tesis aceptable, pues aquí no entrarían los autores intelectuales.

Si solo consideramos la causa jurídica, podríamos seleccionar una causa natural (dentro de esas causas naturales), pero solo tomando en cuenta alguna que fuese la dolosa o la culposa. Esto nos permitiría imputar a alguien la causa jurídica del daño que conduce a la responsabilidad jurídica (considerar una causa eficiente). Pero aquí, estaríamos en problema.

A lo que voy es a la tesis encubierta en la demanda: una tesis naturalista. En este sentido, recuerdo desde mis clases en licenciatura que se nos decía: la posibilidad de que el fabricante de un martillo sea el responsable de una muerte cabría imputársele desde este enfoque naturalista. Veamos, aunque el martillo ha sido elaborado y vendido para que el carpintero trabaje, ello no lo exime del hecho de que ese martillo contiene madera. Y que

sin esa madera no habría martillo con el que se causó una muerte. Por ello, la causa también habría que buscarla en quien talló la madera, incluso, el que cortó el árbol o, el que lo sembró y cuidó. En todos ellos habría una causa, sin la cual no se hubiese producido la muerte.

Como se observa, hay una gran diferencia entre la causa natural y la causa jurídica. Esta es la que importa en el derecho (la relacionada con la imputación) y en la que México no parece haber enfatizado.

Al referirse la resolución a las causales, la PLCAA de EUA marca un estándar causal: indica que no cabe una demanda contra el fabricante cuando el daño ha sido causado *únicamente por el criminal*. Igualmente que la causa debe de ser resultante del mal uso criminal o ilegal “de un arma de fuego por parte de la persona o un tercero.”

En México, Gutierrez y González expresa que “los daños y perjuicios deben ser *consecuencia directa e inmediata* de la conducta ilícita de acción u omisión y no presentarse como una consecuencia indirecta o mediata”. Respuesta semejante en nuestro CCFed (art. 2010).

La PLCAA estadounidense, entre otras propósitos (dice la resolución), establece: la posibilidad de hacer responsable a una industria sería un abuso del sistema legal, erosionando la confianza pública en la legislación, amenazando un derecho constitucional básico y una libertad civil, constituyendo, además, una carga irrazonable para el comercio interestatal y extranjero de los Estados Unidos.

La ley de EUA define la responsabilidad civil del fabricante de armas diciendo que es “cualquier acción en la que un fabricante o vendedor de un producto calificado *violara a sabiendas* un estatuto estatal o federal aplicable a la venta o comercialización del producto, y que la violación fue una causa inmediata del daño por el cual se busca un resarcimiento” (subrayado mío).

La prensa estadounidense explica que “los abogados de México reconocen que PLCAA [la ley de EUA] prohíbe reclamos contra los fabricantes de armas y distribuidores por violencia armada perpetrada por terceros. Pero argumentan que el Congreso solo tenía la intención de aplicar esas protecciones cuando la violencia ocurre dentro de las fronteras estadounidenses y viola la ley estadounidense. Dado que la demanda de México trata de lesiones a los ciudadanos mexicanos en suelo mexicano causadas por violaciones a la ley mexicana, PLCAA no se aplica”. Entiéndase, según esta nota, México reclama la aplicación de la ley mexicana en materia de responsabilidad.<sup>2</sup> Aunque esto parece no tomar en cuenta al art. 2010 del CCFed, ya mencionado.

En el asunto resalta el apartado internacional. El problema que se atraviesa es que la causa está permitida en el lugar (fabricación y venta), lo que no se prohíbe.

El orden jurídico de cada país es el que determina jurídicamente cuáles son las conductas prohibidas y permitidas. Internacionalmente México no puede legislar para reglamentar esa conducta (fabricación y venta) dentro de EUA. Ello sería vulneratorio de una soberanía ajena. EUA tiene su propia ley (PLCAA) en la que el juez se apoyó para el rechazo de la demanda.

---

<sup>2</sup> Barton, Champagne, “Mexico Looks to Bypass U.S. Gun Companies’ Special Legal Immunity” *The Trace*, aug, 23, 2021.

Aunque la resolución no aborda el tema, otra cuestión es la relacionada con el monto reclamado. México reclamó una amplia cantidad, propia del derecho estadounidense, sin tomar en cuenta, que lo que en México se paga, según sus leyes, es una cantidad que no llega ni a la décima parte de la reclamada. Si acaso México fuese el que tuviese que pagar, según las leyes mexicanas, sería una ínfima cantidad. Pero aquí, ya estamos en el problema internacional, que deriva de la cuestión ¿conforme a cuál ley deberá establecerse el monto? El hecho es que México reclama se pague el monto conforme a los parámetros de la ley estadounidense y que se rija la responsabilidad conforme a la ley mexicana. ¡Sorprendente manejo de la normatividad conflictual!

Otro de los elementos en la demanda, que llama la atención, es que reclame el dinero para sí (para su gobierno), no para los deudos o víctimas de los homicidios, que ni siquiera fueron tomados en cuenta, ni mencionados (dato que los demandados hacen resaltar). México alega que eso se debe a que ha tenido que distraer dinero para otras actividades como las relacionadas con la salud, adiestramiento de soldados, etc.

Los demandados, al ser oídos, calificaron a las causas alegadas por México como *conjeturas*, que, además, hay terceros intervinientes (los asesinos) que son independientes de los demandados.

Una cuestión más consiste en saber si México, lugar donde se produjo el daño podría haber adoptado medidas para evitar el daño, por ejemplo, cuidar en sus aduanas la importación de armas, vigilar o prevenir los delitos, políticas adecuadas para la población para lograr el respeto a los semejantes. Cabría, al menos, la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño.

En fin, el juez de EUA rechazó la demanda debido a la falta de competencia sobre lo reclamado y porque México tampoco presentó una reclamación sobre la que pueda concederse una reparación.

# Revista Mexicana

DERECHO INTERNACIONAL  
PRIVADO Y COMPARADO

## SUMISION DE ARTICULOS

El autor tiene que someter su artículo en los siguientes plazos:

Antes del **1<sup>o</sup> de febrero** de cada año para la publicación del primer número del año  
Antes del **1<sup>o</sup> de agosto** de cada año para la publicación del segundo número del año

El artículo será sumidito a una revisión a ciegas, y sus resultados serán comunicados al autor. Si se acepta la publicación del artículo, el autor recibirá una carta de cesión de derechos para firmar.

## NORMAS DE ESTILO

La extensión de las contribuciones será de un máximo de 25 hojas con un tipo de letra Dante 11 para el texto, y 10 para las notas al pie. Interlineado 1.15. Los contenidos y las citas se desarrollarán bajo el esquema de APA 7.

***NO SE ACEPTARA ARTICULO ALGUNO QUE NO CUMPLA CON APA 7!***

## ENVÍOS

Las contribuciones tienen que ser mandadas a la siguiente dirección: [graham@jamesgraham.legal](mailto:graham@jamesgraham.legal).