

CONVERGENCIA Y FRAGMENTACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO INTERNACIONAL*

Esteban Pereira Fredes**

Universidad de Chile y Universidad Adolfo Ibáñez

Isabel Warnier Readi***

Universidad del Desarrollo

Resumen

Se presenta la evolución del sistema jurídico internacional a partir de su configuración estándar que diferencia entre el Derecho Internacional Público y Privado, hasta las tendencias de interacción y armonización regulatoria que actualmente experimenta el contexto internacional. Se examinan los fenómenos de confluencia de sistemas y fragmentación del contrato en el ámbito normativo internacional, evaluándose la pertinencia de asumir la distinción entre regímenes jurídicos internacionales.

Palabras clave: Sistema jurídico internacional; Derecho Internacional Público; Derecho Internacional Privado; Dépeçage.

* Los autores agradecen los comentarios que efectuó a un borrador de este trabajo la Dra. Elna Mereminskaya.

** Profesor invitado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y profesor en la Escuela de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Correo electrónico: epfredes@yahoo.es.

*** Profesora de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: isawarnier@gmail.com.

CONVERGENCE AND FRAGMENTATION IN THE INTERNATIONAL
LEGAL SYSTEM

Abstract

The evolution of the international legal system is presented, from its standard configuration which differentiates between public and private international law, up to its tendencies toward regulatory interaction and harmonization which the international context currently experiences. The phenomena of confluence of systems and of fragmentation of contract in the international normative domain are examined, and the pertinence of assuming the distinction between international legal regimes is evaluated.

Keywords: International legal system; Public international law; Private international law; Dépeçage.

Introducción

El actual proceso de flexibilización que se ha suscitado en el ordenamiento jurídico mundial está relacionado con las agudas transformaciones experimentadas por los negocios y las comunicaciones en sus expresiones contemporáneas. El sistema jurídico internacional se ha mostrado permeable a este contexto, manifestándose normativamente con la formulación de diversas zonas de interacción entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado. Si bien la distinción germinal comprendió a ambas ramas del derecho en campos de aplicación diferenciados, en la actualidad la adecuación del propio sistema jurídico decantó en la necesidad de poner a prueba la pertinencia de mantener vigente, a lo menos conceptualmente, la distinción entre un orden internacional público y otro privado.

De igual modo, en una dimensión más particular de este fenómeno, el Derecho Internacional Privado se ha ajustado a este nuevo esquema del tráfico comercial internacional, mediante una adaptación de su instrumento jurídico por excelencia: el contrato internacional. A partir de su configuración se ha rechazado

la concepción clásica que exigía una unidad jurídica que regule íntegramente el vínculo contractual, permitiendo un progresivo fenómeno de fraccionamiento según el cual coexiste una pluralidad de ordenamientos jurídicos a los cuales se ha sometido, en numerosos supuestos de forma voluntaria, la relación contractual.

El presente trabajo tiene por objeto analizar las distintas problemáticas asociadas a la evolución del Derecho Internacional y los fenómenos de convergencias y fragmentación que entre sus dimensiones públicas y privadas se producen.

En la primera sección presentaremos el desarrollo conceptual y normativo del Derecho Internacional y analizaremos la visión estándar de diferenciación que se ha esgrimido respecto al Derecho Internacional Público y al Derecho Internacional Privado.

En la segunda sección, examinaremos los distintos problemas que se han discutido en relación con la vigencia de la distinción entre Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado, formulando la consideración según la cual cada vez resulta más complejo admitir una distinción entre ambos sistemas normativos frente a la confluencia que tiene lugar en las prácticas comerciales en particular, y supuestos jurídicos, en general.

Finalmente, en la tercera sección examinaremos el proceso de fraccionamiento del Derecho Internacional Privado a través del cual se ha conformado una pluralidad de ordenamientos jurídicos que rigen un determinado vínculo contractual internacional, identificados por el rol de la autonomía de la voluntad en el ámbito internacional para determinar la partición jurídica del contrato.

1. Pluralidad y convergencias en el Derecho Internacional

1.1. Evolución del Derecho Internacional

La creación del Derecho Internacional se identifica con el nacimiento de los Estados y una vez que estos comienzan a relacionarse, nacen las primeras normas del Derecho Internacional que buscan reglar tales vínculos. Se sitúa así el Derecho Internacio-

nal en el siglo XVI y también a mediados del siglo XVII, con la celebración de los tratados de Westfalia, de 1648. Sin embargo, el nacimiento del Derecho Internacional se puede remontar al origen de las primeras civilizaciones, cuando una comunidad de hombres se relaciona con otra.

El acuerdo más antiguo que se conoce radica en el celebrado en los años 3200 a. C., entre las ciudades caldeas de Lagash y Unma, mediante el cual ambas fijaron sus fronteras después de una guerra y convienen en someter sus diferencias a la decisión del Señor de la Ciudad de Kish. Otro acuerdo muy antiguo, del que se conserva documentación, fue el celebrado por Ramsés II, Faraón de Egipto, y Kattussil, rey de los Hititas, sobre reparto de zonas de influencia, extradición de enemigos, asilo, fijación de fronteras, amistad y alianzas, etc. En otros textos, tales como el Código de Manú, en la India, el Bushido, en Japón, y la Biblia, se señalan limitaciones a ciertas prácticas crueles en los enfrentamientos armados.¹

Ya en la Edad Media, la disputa central se produjo por el dominio marítimo, con el protagonismo de potencias tales como Génova, Venecia e Inglaterra. Génova disputa el control marítimo del Mar Ligúrico y Venecia el Mar Adriático. Los siglos XVI y XVII presencian la disputa de la supremacía marítima entre las potencias dominantes: España, Portugal, Francia, Holanda e Inglaterra. En el siglo XVII, con la suscripción de los Tratados de Westfalia, como se dijo, en el año 1648, se puso término a la Guerra de los Treinta Años, se adoptó el principio de la Igualdad Jurídica de los Estados y se dio nacimiento a los tratados colectivos.

Luego, el siglo XVIII presencia la independencia de los Estados Unidos de América, en 1776, así como es testigo de la Revolución Francesa, en 1789. Bajo este contexto se desarrollaron instituciones de gran importancia, tales como el reconocimiento de la independencia y la igualdad jurídica de los Estados, principio de no intervención, principio de libre determinación de los

¹ Arbuet, Jiménez de Aréchaga y Puchero (1996), p. 29.

pueblos, principios del Derecho Internacional Humanitario, la noción de neutralidad, los derechos de los extranjeros, la práctica del arbitraje, la cláusula de la nación más favorecida, la represión internacional de la piratería y de la esclavitud, la extradición y, finalmente, la protección de las minorías religiosas.²

En el siglo XIX, tuvo lugar el Congreso de Viena de 1815, que junto con rehacer el mapa de Europa, tras la derrota del Gran Emperador, realizó contribuciones al desarrollo del Derecho Internacional. Se aprueba una nueva clasificación de los agentes diplomáticos, se proscribe la trata de esclavos y se reglamenta la navegación fluvial en los ríos internacionales, entre otras medidas. Se da inicio a diversas conferencias y congresos internacionales como el Congreso de Panamá de 1826, los cuales culminan con la creación de algunas organizaciones internacionales como la Unión Telegráfica Universal y la Unión Postal Universal. Asimismo, tiene lugar la Primera Conferencia de La Haya de 1899, sobre el arreglo pacífico de las controversias internacionales, las leyes y usos de la guerra terrestre y la creación del Tribunal Permanente de Arbitraje. Igualmente, tuvo lugar en Washington, en 1889, la Primera Conferencia Panamericana. La segunda tendrá lugar en 1901 en México.³

El siglo XX provocará un gran avance del Derecho Internacional con la creación de la Sociedad de las Naciones y la Corte Permanente de Justicia Internacional. Luego de la Segunda Guerra Mundial, ambas serán reemplazadas por la Organización de las Naciones Unidas y la Corte Internacional de Justicia, respectivamente. Es así como con el término de la Segunda Guerra Mundial, el Derecho Internacional focalizará su atención en el robustecimiento de los Derechos Humanos, el que, con la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ambas de 1948, iniciará un fuerte desarrollo que culminará con la aprobación por las Naciones Unidas en 1966, de los dos Pactos Internacionales; a saber,

² Novak Talavera y García Gorrochano Moyano (2000), pp. 26-27.

³ Llanos Mansilla (2005), p. 26.

el de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Tendrá lugar también en América, la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la aprobación de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en 1969. En Europa se establecerá la Corte Europea de Derechos Humanos y se aprobará, en 1950, la Convención Europea de Derechos Humanos, así como la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. En 1948, en la Novena Conferencia Panamericana, celebrada en la ciudad de Bogotá, Colombia, se aprobaron dos instrumentos básicos del Sistema Interamericano: la Carta de Organización de los Estados Americanos y el Pacto de Solución Pacífica o Pacto de Bogotá.⁴

El Derecho Internacional Humanitario se fortalecerá aún más con la aplicación de los cuatro Convenios de Ginebra, del año 1949: La creación del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia (establecido por resolución n.º 808, de 1993, por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas); el Tribunal de Ruanda (Tribunal ad hoc, creado por la resolución n.º 955, de 1994 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas); y la entrada en vigencia de la Corte Penal Internacional, cuyo estatuto fue aprobado en 1998 y entró en vigencia el 1º de julio de 2002. De gran importancia también en el siglo XX es la entrada en vigencia, en el año 1982, de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y, no cabe duda, lo serán también el Derecho Internacional del Medio Ambiente, los Derechos de la Mujer y de los Pueblos Indígenas.

Igual importancia tendrá el nacimiento de la Organización Mundial de Comercio, que sustituyó al GATT. En Latinoamérica tienen significativo relieve temas tales como la gobernabilidad democrática, la defensa de la democracia, la lucha contra el terrorismo y el narcotráfico, y la inclusión social como motor de

⁴ Para antecedentes de este proceso, puede consultarse Figueroa Plá (2002), pp. 134-155.

desarrollo.⁵ Ahora bien, en los inicios del siglo XXI el Derecho Internacional ha recibido el impacto de las grandes transformaciones. El nuevo milenio se presenta bajo el signo de la globalización y del profundo cambio del orden mundial como resultado de la creciente integración de los mercados y los avances tecnológicos, especialmente los relativos a la interconexión física y virtual, que vienen impactando a diario y progresivamente en la estructura de la comunidad internacional.

Un ámbito esencial del actual panorama internacional es, sin lugar a dudas, el económico. Los cambios en este campo han sido de una magnitud sin paralelo en la historia en aspectos como el intercambio económico de bienes y servicios, la globalización de las empresas multinacionales a través de adquisiciones y fusiones, junto a la globalización de los flujos de capital en el sistema financiero internacional.

Este fenómeno tiene, obviamente, tanto impactos positivos como impactos negativos. Se trata de relaciones transnacionales que mayoritariamente no pueden ser comprobadas por los Estados y gobiernos. Así, por un lado, tenemos el cotidiano y amplio acceso de millones de personas a la información, el conocimiento, a la cultura, a los servicios y productos de todo tipo, al mismo tiempo en que se expanden a través de Internet, las redes delictivas del narcotráfico, terrorismo, crimen organizado, y de los delitos propiamente cibernéticos como la piratería informática y la pornografía infantil, aprovechando estos avances tecnológicos de fronteras.⁶

Por su parte, los sujetos de Derecho Internacional siguen siendo por excelencia los Estados, quienes continúan, en gran medida, generando las dos principales fuentes del Derecho Internacional, esto es, la costumbre, entendida como práctica generalizada aceptada en virtud de una razón normativa, y los tratados. Sin perjuicio de lo anterior, los Estados tienen hoy que competir, como resultado de la globalización, con otros actores no estatales, que

⁵ Llanos Mansilla (2005), pp. 27-28.

⁶ Lagos (2008), p. 212.

intervienen tanto en el proceso de elaboración de las normas como también en el plano de constituir los destinatarios de muchas normas. Así, las organizaciones internacionales, las comunidades supranacionales regionales como la Unión Europea, las empresas multinacionales, las organizaciones gubernamentales y el propio individuo, desempeñan en la actualidad distintos roles que influyen decididamente en el ámbito internacional.

En particular, Naciones Unidas representa un espacio de legitimidad y legalidad que busca avanzar hacia una comunidad mundial más solidaria, intentando resolver conjuntamente los problemas que afectan a la humanidad. Los foros multilaterales ofrecen la ventaja de que los Estados pueden agruparse en “bloques” en función de intereses comunes para negociar y alcanzar determinados acuerdos, permitiendo asimismo una mayor publicidad y transparencia en los debates y negociaciones de nuevas normas. También el marco multilateral brinda la posibilidad de un seguimiento más ejecutivo de los acuerdos alcanzados en una suerte de monitoreo internacional. Muchos tratados e incluso resoluciones y declaraciones cuentan con medios a través de los cuales se evalúa y fortalece el cumplimiento de dichos acuerdos.⁷

Por otra parte, si bien el individuo es beneficiario de la normativa internacional, también puede, frente a la conculcación de sus derechos, reclamar ante una instancia supranacional competente, adquiriendo una subjetividad internacional activa.⁸ El individuo también ha adquirido una subjetividad internacional pasiva, cuando es un tribunal internacional el que lo juzga directamente a él por crímenes o delitos internacionales. Así por ejemplo, están los tribunales de Núremberg y Tokio, el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, establecido en virtud de las Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas n.º 808 de febrero de 1993 y n.º 827 de mayo del mismo año y la Corte Penal Internacional a virtud de la aprobación del Estatuto de Roma.

⁷ Lagos (2008), p. 217.

⁸ Pastor Ruderejo (1986), p. 178.

No pueden sino mencionarse también en el mundo contemporáneo las organizaciones no gubernamentales, y diversas instituciones y entidades no estatales, que ejercen influencia directa e indirecta en los acontecimientos y decisiones que se adoptan a nivel internacional. En este mismo orden de cosas encontramos también a las empresas y, en particular, a las multinacionales, que en variadas oportunidades son invitadas a expresar sus puntos de vista en temas relacionados con el medio ambiente, transporte, comercio, finanzas, y condiciones laborales, entre otras.

A propósito del objeto de estudio del Derecho Internacional, cabe precisar que, como se suele afirmar, ya prácticamente no existe una temática de interés en el ámbito interno que no se haya “internacionalizado”, de una u otra forma. La complejidad multicultural de las distintas sociedades compite paralelamente con las fuerzas de homogeneización generadas por la globalización.⁹ Todo ello ha llevado a una expansión normativa que abarca los más diversos aspectos de la vida social: la paz y la seguridad internacional; la solución pacífica de las controversias internacionales; los derechos humanitarios; la lucha contra el terrorismo, el narcotráfico y la corrupción; la contaminación y la protección ambiental; el régimen del espacio exterior y la no discriminación; la regulación del comercio y las finanzas; la distribución de la riqueza y la lucha contra la pobreza, entre otros, que son precisamente los temas prioritarios en las agendas internacionales de nuestros días.

Este fenómeno es el que ha generado una suerte de “fragmentación” del Derecho Internacional, como producto de una compleja y variada gama de regímenes jurídicos y tribunales internacionales, diseñados para atender a cada uno de los grandes temas objeto de regulación y reclamación internacional.¹⁰

⁹ Para un acabado análisis sobre el proceso de desnacionalización de la regulación internacional, véase Mereminskaya y Mascareño (2005), pp. 1391-1427.

¹⁰ Lagos (2008), p. 219.

Por el interés demostrado por los Estados, desde el año 2001, estas materias han sido incluidas en el Programa de Trabajo de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas [CDI], bajo el título de “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”.¹¹ Dos áreas de estudio se derivan de la consideración de este asunto: por un lado, los aspectos institucionales, es decir, todo aquello vinculado a la coordinación práctica, la jerarquía institucional y la necesidad de que los distintos tribunales judiciales y arbitrales internacionales tengan en cuenta su respectiva jurisprudencia. Por otro lado, los aspectos sustantivos, relativos al examen de cómo es que el derecho se ha venido fragmentando en regímenes particulares (vale decir, en regímenes especiales, regímenes autónomos y regímenes regionales) y la relación de los mismos con el Derecho Internacional general. La CDI se ha propuesto examinar en los próximos años únicamente los aspectos sustantivos, con la finalidad de elaborar recomendaciones para coadyuvar a la coherencia entre las normas de Derecho Internacional general y la de los regímenes particulares, tanto en los aspectos vinculados a la interpretación como a la aplicación de los mismos.¹²

1.2. Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado: Conceptos y diferencias

El término “Derecho Internacional” [*International Law*], fue planteado por primera vez por el filósofo y jurista británico Jeremy Bentham en el año 1780. Con anterioridad a ello, esta rama del derecho fue conocida como “derecho de gentes”, expresión empleada por el Derecho Romano como el *ius gentium*, y que posteriormente, en el período de la Edad Media pasó a designar al derecho común a los diferentes pueblos, de donde lo extrajeron los fundadores de esta disciplina.¹³ El término “derecho de gen-

¹¹ CDI (2003), capítulo X.

¹² Lagos (2008), p. 222.

¹³ Vargas Carreño (2007), p. 17.

tes” prevaleció hasta las primeras décadas del siglo XIX e incluso en la actualidad se continúa empleando para denotar al Derecho Internacional.

Se ha definido el Derecho Internacional como una rama del derecho que regula las relaciones entre los Estados.¹⁴ Sin embargo, esta definición, según lo ha dicho la doctrina, es incompleta. Así, el Derecho Internacional, además de regir las relaciones entre los Estados independientes, regula también la situación de otros sujetos de este ordenamiento jurídico, tales como la Santa Sede y las organizaciones internacionales e incluso, en ciertos casos, los individuos pueden ser destinatarios de sus normas. De ahí que resulte preferible definirlo como “el conjunto de normas que, creadas mediante procedimientos apropiados por dos o más Estados o por la comunidad internacional en su conjunto, tienen un carácter vinculante para sus destinatarios”.¹⁵

Esfuerzos doctrinarios más modernos, han señalado que a esta ciencia jurídica se le podría caracterizar satisfactoriamente con otras expresiones u otros términos. Así por ejemplo, Phillip Jessup se refiere a un “derecho transnacional”, James Brierly emplea las expresiones “derecho de las naciones”, C. Wilfred Jenks utiliza la denominación “derecho común de la humanidad” y, finalmente, Kataro Tanaka opta por el término “derecho mundial”.¹⁶

Por otra parte, cabe precisar que, en principio, se estima perfectamente distinguible el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado. El contenido, fuentes y método de uno y otro difieren sustancialmente. Así, mientras el Derecho Internacional Público es un derecho material que regula situaciones sustantivas, el Derecho Internacional Privado tiene un carácter formal, ya que su función consiste principalmente en solucionar conflictos de leyes, en los casos que frente a una determinada situación en la que intervienen uno o más elementos de orden extranjero, existan varias legislaciones concurrentes.

¹⁴ Bishop (1962), p. 3, citado por Llanos (2005), p. 21.

¹⁵ Vargas Carreño (2007), p. 19.

¹⁶ Vargas Carreño (2007), pp. 17-18.

De esta manera, las normas del Derecho Internacional Privado, contrariamente con las del Público, se contienen en lo fundamental en las legislaciones internas de cada Estado, aunque también dichas reglas pueden codificarse en tratados o convenciones internacionales a fin de lograr su unificación, como ha sucedido con las Convenciones de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, el Código de Bustamante de 1928 y con diversas convenciones interamericanas de derecho internacional privado, que, a partir de 1975, se han celebrado y de las que son parte varios estados americanos.¹⁷

2. Confluencias de sistemas regulatorios: Aproximaciones al problema

El fenómeno contemporáneo de la convergencia entre el Derecho Internacional Público y Privado tiene lugar en la medida que conceptualmente suponen abarcar procesos similares, en los cuales su complejidad y pluralidad de dimensiones hace imposible que alguno de ellos satisfaga plenamente por sí solo la situación jurídica cuya intervención reclama.

Ralf Michaels ha explicado este proceso a partir de una decisión jurisdiccional en que la Corte Suprema de los Estados Unidos de América resolvió que un individuo condenado por asesinato debía ser juzgado por sus obligaciones bajo el Derecho Internacional Público. Al tiempo después, un tribunal de Texas consideró al peticionario, un ciudadano mexicano, culpable de asesinato y lo condenó a pena de muerte. Pero la Corte Internacional de Justicia estimó que el tribunal de Texas violó los derechos de Medellín establecidos bajo la Convención de Viena respecto a la necesidad de notificar al Consulado mexicano, y ordenó a los Estados Unidos de América revisar y reconsiderar la condena y pena impuesta. Sin embargo, la Corte Suprema denegó la solicitud del organismo internacional. De la decisión de la Corte se sigue el rechazo de la pretensión de reconocer y ejecutar

¹⁷ Vargas Carreño (2007), p. 20.

las sentencias extranjeras por los tribunales nacionales, porque la jurisdicción internacional no está solicitando el cumplimiento de una cuestión básica de carácter comercial o de controversias de propiedad, desprendiéndose que “en opinión del tribunal, hay una diferencia crucial entre la aplicación de un juicio de derecho privado (de índole comercial o de propiedad), que es casi una situación de rutina, y un juicio de derecho público, que requiere una justificación especial”.¹⁸

La diferencia entre ambas dimensiones se considera cotidianamente como obvia, pero en realidad dista mucho de tal carácter, ya que en el derecho interno la distinción entre público y privado ha sido descartada, declarando que el derecho privado es realmente un derecho público. De ahí que nociones jurídicas que se asocian al ámbito privado, como el contrato y la propiedad, no son efectivamente instituciones privadas, sino que son expresiones de la soberanía estatal, que les otorga potestades a los particulares para alcanzar sus intereses. En ambos ámbitos se efectúan reclamaciones por eficiencia económica, bienestar social y disminución de las conductas socialmente nocivas y, en el campo internacional, la distinción entre Derecho Internacional Público y Privado aún se mantiene vigente.

De un lado, el Derecho Internacional Público, en principio, se preocupa de las relaciones entre Estados, preguntándose si los particulares pueden considerarse como sujetos de Derecho Internacional en tanto no pongan en riesgo el carácter internacional del mismo y, asimismo, los Derechos Humanos aluden a relaciones entre Estados y particulares y no a derechos relativos a vínculos entre privados. De otro, el Derecho Internacional Privado reconoce la importancia del Derecho Internacional Público, mediante la regulación de los tratados y doctrinas como la inmunidad soberana, así como también se preocupan de los efectos de los Derechos Humanos en el marco jurídico privado. Y, de hecho, los conflictos internacionales de leyes son considerados en ocasiones como parte del Derecho Internacional Público. Sin embargo, tampoco

¹⁸ Michaels (2008), p. 254.

quienes se dedican al Derecho Internacional Privado se preocupan de temas del Derecho Internacional Público que no tengan una repercusión inmediata en la regulación del primero. Subyace a esta idea la necesidad de delimitar con mayor profundidad ambas ramas del Derecho Internacional, más allá de la intuición básica de que ambas normativas internacionales se superponen e influyen mutuamente, y de ahí que la cuestión supone determinar si el Derecho Internacional Público debe ser tratado como el Privado o este último a la luz de aquel.

El desarrollo de la discusión ha decantado en tres preguntas distintas: (i) Una interrogante de índole educativa.¹⁹ Pese a las diferencias que se pueden establecer entre ambos esquemas regulativos, es necesario establecer qué pueden aprender un sistema del otro y cuáles experiencias de uno pueden contribuir a la evolución normativa del otro. Es cierto que regularmente se hace cumplir el derecho privado extranjero en una determinada jurisdicción mediante la aplicación del conflicto de leyes, pero no se acoge el mismo criterio en relación al Derecho Internacional Público. Esto importaría un déficit para una configuración del sistema normativo público internacional, tal como se produce al no establecer con claridad el estatus del Derecho Internacional Privado consuetudinario manifestado a través de *lex mercatoria*.²⁰ Su origen y expresión solo a partir de una costumbre internacional ha permitido el cuestionamiento sobre su validez como una normativa legal, cuya fuente derive no solo de las prácticas comerciales sino desde la ley estatal y, en este último supuesto, determinar cuál es el grado de legitimidad con la que cuenta la *lex mercatoria* al no estar establecida mediante procedimientos democráticos.

(ii) En segundo lugar, una cuestión práctica.²¹ Esto atiende a la posibilidad de sustituir mutuamente al Derecho Internacional

¹⁹ Michaels (2008), p. 255.

²⁰ Sobre el concepto y alcances de la *lex mercatoria*, pueden consultarse Michaels (2007), pp. 447-468, y Nehme (2001).

²¹ Michaels (2008), p. 256.

Público y Privado, y sus respectivas instituciones.²² Si se formulare que ambos sistemas normativos internacionales, al igual que sus organismos jurisdiccionales, pueden realizar funciones similares, cabría la necesidad de preguntarse por cuál de ellos es preferible y bajo qué consideraciones. Situaciones de este tipo se presentan también respecto a la relación entre el arbitraje y los tribunales, en especial en el marco de las inversiones. Mientras algunos inversionistas prefieren concurrir al derecho interno para reclamar por el incumplimiento contractual de entidades gubernamentales, otros optan por el arbitraje internacional. Las diferencias sustanciales entre ambas posibilidades exigen establecer qué sistema resulta más apropiado, considerando que existe la posibilidad de que los árbitros no otorguen todo el respeto necesario a la soberanía, o bien que paradójicamente los árbitros expresen una mayor sensibilidad hacia la soberanía estatal que los tribunales ordinarios de justicia.

Tales consideraciones no solo se extienden al ámbito de adjudicación jurisdiccional sino también al campo legislativo. Al respecto, Ralf Michaels advierte la dificultad de determinar si un reclamo estatal es necesariamente de Derecho Internacional Público. Así, por ejemplo, cuando Argentina reclamó su capacidad de pago para obtener fondos que permitiesen financiar las funciones del gobierno, no está claro si dicho reclamo pertenece al Derecho Internacional Público o al Privado.²³ En efecto, el soberano no puede esgrimir que ha caído en insolvencia de modo análogo al de un particular respecto a sus obligaciones, sino que debe apelar a la necesidad de conservar sus facultades para cumplir con sus obligaciones gubernamentales. Un acreedor privado puede desconfiar en la inexistencia de bienes de su deudor para enviar el cumplimiento de sus obligaciones, pero no tiene razón alguna para preocuparse por sus obligaciones de competencia.

De ahí que la identificación entre Derecho Internacional Privado

²² Para un panorama general sobre los métodos de solución de disputas en el contexto internacional, véase Collier y Lowe (2000), pp. 19-44.

²³ Michaels (2008), p. 256.

do y arbitraje, por un lado, y Derecho Internacional Público con los tribunales de justicia, por el otro, es ciertamente discutible y verificada solo parcial y recientemente, pero en las zonas de jurisdicción más controvertidas, donde es más laxa la distinción entre derecho público y privado, se mantiene vigente la competencia entre la adjudicación en sus dimensiones públicas y privadas. Se estima que al menos en el contexto internacional la jurisdicción pública y la privada son esencialmente distintas. Así, el arbitraje respondería a un carácter privado y consensual, manteniéndose al margen de problemas de legitimidad o implementación y, por el contrario, el Derecho Internacional Público estaría estrechamente asociado a aspectos políticos y, por ende, su aplicación sería más problemática. De ahí que el derecho privado pueda ser transnacional y, a su vez, el derecho público, incluyendo al Derecho Internacional Público, tenga un compromiso ineludible con el ordenamiento jurídico nacional.²⁴

Sin embargo, es cuestionable la presentación que realiza Michaels sobre el arbitraje y la actividad jurisdiccional de los tribunales ordinarios de justicia. Suponer que la jurisdicción ordinaria presente una mayor sensibilidad a los intereses estatales y, a su vez, concebir que el arbitraje implique una institución privada que esté asociada a la actividad de particulares, implica desconocer la pretensión de la jurisdicción y la funcionalidad que tienen ambos sistemas de administración de justicia. La distinción entre la justicia ordinaria y los tribunales arbitrales radica en la estructura y formas de funcionamiento conforme a las cuales se desenvuelven, pero ellas no están en tensión respecto a sus finalidades ni intereses. De ahí que sea absolutamente compatible que los privados recurran a la jurisdicción ordinaria y el Estado concurra a formas de heterocomposición arbitral para la resolución de sus conflictos jurídicos. Ambos sistemas descansan en la pretensión de la función jurisdiccional y no en la relación de identidad entre los partícipes de dicha actividad.

²⁴ Michaels (2008), p. 257.

También hay que tener presentes las observaciones que Charles Brower ha formulado respecto a la relación entre los tribunales arbitrales y el Derecho Internacional. El proceso de concurrencia de los Estados a la jurisdicción arbitral ha presentado una evolución asociada a la configuración de entidades normativas internacionales propias del proceso de armonización y confluencia entre sistemas. En un estadio preliminar, para las controversias entre Estados soberanos que implicaban actividades y la aplicación del Derecho Internacional Público, el arbitraje representa un punto de partida lógico, en tanto precedió a la solución judicial y se mantuvo como una forma estándar de adjudicación hasta bien entrado el siglo XX. Sin embargo, la historia moderna de la adjudicación interestatal revela un tránsito constante del arbitraje a la solución judicial. En efecto, el autor identifica cuatro puntos de referencia en esta transición, en que cada uno de ellos refleja la cristalización de una nueva etapa: (1) la formación de las comisiones cuasidiplomáticas conjuntas en el marco del Tratado de Jay de 1794; (2) el establecimiento de un tribunal independiente e imparcial para resolver las Reclamaciones de Alabama en 1871; (3) la armonización de los procedimientos según las normas de la institucionalización de la Corte Permanente de Arbitraje por las Conferencias de Paz de La Haya de 1899 y 1907; y (4) el desarrollo coherente de la normativa internacional de fondo, tras la creación de un Tribunal verdaderamente Permanente de Justicia Internacional y una Corte Internacional de Justicia después de la Primera y Segunda Guerra Mundial.²⁵

(iii) Finalmente, un problema teórico.²⁶ A saber, sostener que si bien la distinción entre público y privado efectivamente existe, se expresa de un modo distinto en su esfera interna. Y de ahí que no sea exactamente claro qué es lo público y qué lo privado. Una institución paradigmática en este ámbito, según lo veremos en la tercera sección de este trabajo, es la relación entre el contrato y la soberanía estatal. Ya no resulta evidente si el contrato es una ma-

²⁵ Brower (2008), pp. 265-266.

²⁶ Michaels (2008), p. 257.

nifestación de la soberanía o si la soberanía se proyecta a través del contrato, en tanto la competencia del Estado para juzgar las relaciones contractuales se deriva de la elección de la ley aplicable de las partes y del tribunal competente por los particulares, y si los Estados para exigir sus derechos deben contratar los derechos soberanos. Ello da pie para estimar que la adjudicación a nivel internacional es distinta a la desarrollada en el sistema nacional.

En el marco de la distinción entre público y privado, una discusión de particular importancia está centrada en la pertinencia de esta distinción en el conflicto de leyes. En principio, se piensa, la distinción entre público y privado parece existir en el ámbito del conflicto de leyes. Así, la visión de un tribunal para determinar la aplicación de una normativa asociada con diversas jurisdicciones es sustancialmente distinta si el supuesto es de responsabilidad extracontractual o defensa de la libre competencia.²⁷ En el derecho de daños, el tribunal espera la elección del foro y, en particular, la elección de las normas de la ley, para determinar qué derecho sustantivo de la jurisdicción debe aplicarse. Si la respuesta es la legislación extranjera, el tribunal, simplemente, aplica la regla y resuelve la controversia. En cambio, bajo el supuesto de la ley antimonopolio, el tribunal no requiere esperar la elección del foro de las normas aplicables, para determinar cuál ley antimonopolio debe regir en tal supuesto fáctico. Acá el órgano jurisdiccional configura sus propias normas de competencias para decidir si la ley es aplicable al caso y, si determina lo contrario, desestimaré la reclamación, pero de manera alguna va a resolver el supuesto mediante la aplicación de una normativa extranjera de protección de la libre competencia.

Dos rasgos distintivos surgen de tales criterios jurisdiccionales. En primer término, desde la perspectiva del derecho privado, las respuestas jurisdiccionales sobre la ley aplicable se efectúan apelando a normas que son externas al derecho sustantivo, en particular, a través de la aplicación de las normas del foro. En relación con el derecho público, el método del tribunal es in-

²⁷ Dodge (2008), p. 372.

terno, buscando la aplicabilidad del fondo de la propia ley. En segundo término, bajo el prisma del derecho privado, un órgano jurisdiccional extranjero aplicará la ley a un determinado caso si se establece que rige la ley extranjera, requiriendo la legislación sustantiva aplicable. En tanto, de acuerdo al derecho público, el tribunal no aplicará la ley extranjera, sino que la desestimarás al considerar inaplicable a la ley del foro, preguntándose si la ley del foro se aplica.²⁸

La misma evolución de las normas de conflicto ha influido en la forma en que los tribunales han interpretado el alcance de las leyes de derecho público; aún parece que existen fuertes diferencias en el sentido metodológico asociadas a casos de responsabilidad extracontractual multi-jurisdiccionales y asuntos multi-jurisdiccionales sobre libre competencia. Precisamente, una de dichas diferencias ha sido denominada como una distinción externa-interna.²⁹ De acuerdo a esta nomenclatura, en un problema de daños, el Tribunal de Justicia atiende a las normas de conflictos externos a la ley de fondo para determinar qué ley gobierna y, por su parte, en un asunto de defensa de la libre competencia, el tribunal no aplica una elección externa de las normas de la ley. Más bien, busca la intención legislativa, y de ahí que la elección de la ley aplicable es, por definición, un aspecto externo a la de la ley de fondo. Ahora bien, el problema se suscita al determinar si esta distinción es más aparente que real, toda vez que en numerosas ocasiones la elección externa de las leyes por parte de los tribunales se encuentra directamente ligada a la aspiración de buscar internamente los efectos de una ley, de modo similar a perseguir la intención legislativa. Y, asimismo, muchas presunciones sobre la intención legislativa en que se basan los tribunales para su interpretación de los estatutos reglamentarios, perfectamente podrían calificarse de una elección externa disfrazada de las normas jurídicas.³⁰

²⁸ Al respecto, véase *ídem*.

²⁹ Dodge (2008), p. 378.

³⁰ Dodge (2008), p. 382.

Para ejemplificar esta situación, William Dodge analizó un caso en que el Tribunal Supremo del Estado de California se enfrentó a un conflicto entre dos leyes estatales.³¹ De acuerdo al estatuto de California correspondía que se le permitiera a la empresa demandante la indemnización por la pérdida de los servicios de un empleado lesionado, mientras que el estatuto de Louisiana protegía a la empresa demandada de la responsabilidad por tal suceso, considerándola como indemne del resarcimiento de rigor. El propósito de cada estatuto hubiera sido atendido por su aplicación al caso, sobre los cuales el tribunal tenía que elegir. Así, eligió el estatuto de Louisiana, pero no en base a la intención legislativa, sino por la aplicación de una elección externa del derecho aplicable, a partir de un enfoque en tal sentido del órgano jurisdiccional. El tribunal determinó que la resolución de los verdaderos casos de conflictos puede entenderse como un proceso de asignación de las respectivas esferas de influencia de la legislación. No obstante, la relevancia del pronunciamiento pasó por concebir que tales esferas no son asignadas por el legislador, sino por el tribunal de justicia, mediante la elección particular de la ley aplicable. De ahí que la Corte nunca se cuestionase si la legislatura de California había destinado su estatuto para dar cuenta de un especial interés en el ámbito foráneo.

3. Fraccionamiento del Derecho Internacional Privado: el contrato internacional

El compromiso del Derecho Internacional Privado con la diversidad normativa está pragmáticamente configurado a partir de una realidad precisa y concreta: “la existencia en el tráfico jurídico externo de una pluralidad de sistemas legislativos. Esta multiplicidad de leyes existentes puede acarrear la eventual contradicción normativa en relación con un mismo hecho, acto o relación jurídi-

³¹ La referencia es a *Off-shore Rental Co. v. Continental Oil Co.* Véase, Dodge (2008), pp. 383 y ss.

ca, de modo tal que, para poder ofrecer seguridad jurídica y entregar una solución justa y coherente al caso, debemos determinar, ante todo” la regulación jurídica aplicable al supuesto fáctico.³² En atención a la existencia de una pluralidad de regímenes jurídicos que abarcan el complejo tráfico internacional contemporáneo, identificado por las profundas transformaciones económicas y sociales que ha experimentado el escenario mundial, manifestándose en la necesidad de interacción y armonización de los sistemas jurídicos que lo regulan, se ha exigido al contrato internacional un mayor dinamismo y funcionalidad en su configuración jurídica.³³ El Derecho Internacional Privado ha reaccionado ante tal demanda mediante un fenómeno de “plurirreglamentación jurídica del contrato internacional”.³⁴ Dicho proceso se encuentra asociado a una revitalización de la norma de conflictos en materia de contratos y, especialmente, en el ámbito convencional. A su vez, frente a este desarrollo se evidencia un fenómeno relativo al traspaso de atribuciones de los Estados hacia entidades supranacionales, encaminadas a refinar la cooperación comercial.

El problema parece presentarse, entonces, en la necesidad de una evolución del Derecho Internacional Privado a partir de una especialización de las normas de conflictos, así como un proceso de coordinación entre las distintas respuestas jurídicas proporcionadas para el ámbito contractual internacional. De ahí que la aplicación de una pluralidad de ordenamientos jurídicos al contrato internacional, supone distinguir entre dos posibles alternativas regulatorias. Por una parte, la solución estándar o tradicional de apelar a un régimen jurídico unitario del fondo del contrato internacional o, por otra, fragmentar el contrato mediante la voluntad de las partes, posibilidad que ha sido denominada por la doctrina como “*dépeçage* voluntario” del régimen jurídico del contrato internacional.³⁵ Resulta indudable que fraccionar el contrato es

³² Picand Albónico (2008), p. 243.

³³ En este sentido, Fernández Rozas y Fernández-Arroyo Giménez (1996), pp. 250-269.

³⁴ Carrascosa González (1992), p. 24.

³⁵ Al respecto, véase Carrascosa González (1992), pp. 25 y ss.

siempre más complejo que ajustarlo al imperio de una sola legislación, pero esta última posición reconoce sus inconvenientes en su efectiva compatibilidad con el contexto jurídico plural, según el cual se verifica la práctica contractual en el contexto internacional.

Un aspecto relevante del fenómeno de convergencias entre los sistemas de Derecho Internacional Público y Privado radica en esta fragmentación y consecuente quiebre de la unidad jurídica del contrato. La controversia entre alternativas unitarias y plurales está relacionada con la posición adoptada en torno a la ley del contrato, sea que exista o no elección de las partes y, además, desde el punto de vista práctico, se tienen en cuenta los perjuicios que pudiere generar una excesiva partición legislativa. Así, el mismo rol de la autonomía de la voluntad es fundamental para aceptar la diversidad de normas aplicables al vínculo contractual internacional y, a mayor abundamiento, la realidad que el Derecho Internacional Privado haya operado sobre la base de un sistema mosaico de determinación de la ley aplicable a una relación privada internacional, genera un efecto de proyección en dicho sentido, pero en cuanto a la ley aplicable al fondo del contrato.

Ahora bien, ¿qué entendemos por “*dépeçage*”? Esta expresión francesa hace alusión a un fenómeno particular surgido al interior del derecho de los contratos internacionales, significando un proceso que debiese ser evitado por la resistencia de la doctrina y legislación del Derecho Internacional Privado frente a su aceptación. En este sentido, se afirma que “con la expresión *dépeçage* se hace referencia exclusivamente al fraccionamiento legislativo voluntario del régimen jurídico del contrato internacional”, pero la complejidad de este proceso de división normativa ha permitido que se utilice, en general, para designar “todo fenómeno de fraccionamiento de dicho régimen jurídico”.³⁶

En el marco del Derecho Internacional Privado, este fenómeno se expresa de forma más restringida, identificándose en los supuestos en que se producen rupturas de la unidad del régimen

³⁶ Carrascosa González (1992), pp. 33-34.

jurídico que gobierna el vínculo contractual. En efecto, supuestos de participación del régimen jurídico en el derecho interno de los contratos no constituyen manifestaciones del *dépeçage*. Así, es efectivo que se genera una ruptura relativa del régimen jurídico aplicable a una relación cuando ésta queda sometida a una disciplina jurídica mixta configurada, de una parte, a través de la autonomía de la voluntad de las partes y, de otra, por normas estatales que se encuentran al margen de la disponibilidad de las partes, o bien disposiciones supletorias que no han sido formuladas por los particulares y operan ante el silencio de sus regulaciones. Tal supuesto es una situación estándar dentro del derecho de los contratos y no implica mayores complicaciones, ya que la ruptura de la relación jurídica únicamente deviene en una partición encuadrada en un solo sistema jurídico, conforme al cual existirá una uniformidad en sus calificaciones jurídicas. Y de ahí que solo sea necesario establecer los límites de la autonomía de la voluntad en el derecho interno y su relación con las normas imperativas determinadas por el ordenamiento jurídico.

En el Derecho Internacional Privado el fenómeno de la partición del régimen jurídico tiene un matiz particularmente estricto. Dice relación con la aplicación de normas pertenecientes a distintos ordenamientos jurídicos nacionales a un mismo supuesto, relación o vínculo contractual.³⁷ Desde este punto de vista, en tal supuesto o situación existe una verdadera partición de su régimen jurídico, quedando distintos elementos o aspectos del mismo sometidos a diferentes ordenamientos jurídicos. Este carácter puede configurarse desde dos dimensiones; a saber, conflictual y sustancial.

El *dépeçage* conflictual se origina a partir de la simple existencia de diversas normas de conflicto que resultan aplicables a una misma situación privada internacional, es decir, este supuesto de pluralidad normativa conllevará a un eventual reclamo de los distintos ordenamientos jurídicos que regulan aspectos diversos de la misma situación. Por su parte, el fraccionamiento sustancial

³⁷ Carrascosa González (1992), p. 35.

tiene lugar dentro de una de las categorías ya determinadas por una norma de conflicto, generalmente dentro de la ley aplicable al fondo de la situación.³⁸ A diferencia de la primera modalidad, mediante una sola norma de conflicto viene reclamada la pluralidad de ordenamientos jurídicos aplicables al supuesto fáctico de dicha norma de atribución, o en su defecto, tal pluralidad de sistemas jurídicos reclamados puede producirse de la acción combinada de la norma de conflicto y las normas pertenecientes a la *lex fori* que también sean aplicables en dicho ámbito.

En tanto, la dimensión conflictual del *dépeçage* se encuentra estrechamente relacionada con la intensidad de la participación de la voluntad de las partes. Si el fraccionamiento viene ocasionado por aquella voluntad, se constituye un *dépeçage* voluntario y, en caso contrario, se trata de un *dépeçage* involuntario. De este modo, la existencia del fraccionamiento voluntario se sigue de la autonomía de la voluntad en el contexto del Derecho Internacional Privado y, en relación al fraccionamiento involuntario, el rompimiento de la unidad del régimen jurídico se produce por consideraciones distintas a la voluntad. Así, el fenómeno del fraccionamiento voluntario está casi exclusivamente ligado al ámbito del derecho de los contratos.

La perspectiva conflictual del fraccionamiento del Derecho Internacional Privado y, en particular, del contrato internacional, está identificado por su carácter plurilocalizado, en virtud del cual cada elemento del contrato reclama al ordenamiento con el cual aparece más estrechamente vinculado con el objeto de ser reglamentado por éste.³⁹ Por consiguiente, la norma de conflicto del foro es la encargada de fijar el sistema según el cual se procede a este reclamo. Además, existen consideraciones globales que permiten explicar al fraccionamiento conflictual. Así, el legislador tiene la posibilidad de optar por una de las dos soluciones posibles para resolver el problema del reclamo internacional, es decir, someter todo el contrato a la ley del Estado, generalmente aquel

³⁸ Para esta distinción, véase Carrascosa González (1992), pp. 36-37.

³⁹ Carrascosa González (1992), p. 38.

con el cual se encuentra más relacionado, o bien proceder a un desmembramiento de sus distintas dimensiones y aspectos para configurar un orden normativo más apropiado para cada una de ellas.

El problema se suscita en los defectos en que se traduce la opción exclusiva de alguna de estas modalidades. Si bien encuadrar el contrato internacional en un determinado régimen jurídico presenta el atractivo de configurar una regulación única que evita conflictos de adaptación, satisfaciendo toda expectativa de seguridad jurídica, descuida consideraciones legislativas más amplias con la conveniencia de fijar una ley que sea de aplicación en todos los supuestos de contratación internacional o las ventajas prácticas que conlleva establecer estatutos propios de las formas de los actos. La segunda alternativa podría solucionar estos últimos inconvenientes, pero adiciona un problema de especificidad y complejidad generadas por la calificación y adaptación de las normas al sistema conflictual del Derecho Internacional Privado.

A partir de lo anterior, el razonamiento del *dépeçage* conflictual ha enfrentado de una manera flexible y plural la diversidad y complejidad normativa, conforme a la cual se desarrolla el vínculo contractual en el ámbito internacional. Esto se demuestra en su ampliación cualitativa y cuantitativa, ya que cualitativamente la forma de los actos tiende a disociarse de aquella norma que es válida para todos los actos, manifestándose así una pluralidad de normas válidas para cada situación jurídica y, asimismo, dichas normas reconocen entre sí una diversidad de criterios de conexión. Así, se hace justicia con la pretensión de diferenciar a los respectivos actos, pero se agrega un margen considerable de complejidad al mecanismo de conflictos de leyes. Y la dimensión cuantitativa, por su parte, se produce a partir del proceso de pormenorización de los supuestos que se siguen del ajuste y calificación de las distintas normas.

La progresiva complejidad del fraccionamiento conflictual del Derecho Internacional Privado se produce por la conexión entre factores cualitativos y cuantitativos, en que la ampliación en el

segundo sentido es tributaria de la asociada al primero.⁴⁰ A lo anterior es necesario agregar que la confluencia entre los sistemas internacionales de derecho se expresa en la sustancial penetración de normas de fuentes internacionales en los sistemas de Derecho Internacional Privado, confirmando la aspiración de globalidad en la ampliación del *dépeçage* conflictual.

De acuerdo a lo señalado, para efectos de solucionar este carácter plurilocalizado del contrato internacional y la existencia de aspectos jurídicos generales como la forma de los actos, a los cuales el legislador ha otorgado una solución uniforme mediante una norma de conflicto propia, rompen la unidad de la ley aplicable al supuesto de hecho. El fraccionamiento conflictual por definición implica la aplicación de diversas normas de conflicto para determinar la ley aplicable a la situación jurídica internacional.

El *dépeçage* sustancial, según lo indicamos, corresponde a la segunda dimensión de la partición del régimen jurídico aplicable a partir del fraccionamiento conflictual, conforme a la cual opera una segunda partición ya dentro de las categorías previamente delimitadas, entendiéndose como la ley aplicable a la sustancia. La forma de ejecución de esta participación puede tener independencia o no de la voluntad de las partes. Si tiene lugar involuntariamente, y no a consecuencia de la voluntad de las partes, el razonamiento es propio del sistema internacional de índole privada, ya que se exige la aplicación conjunta de la ley reclamada por la norma de conflicto y la aplicación de determinadas normas imperativas, que pueden ser la *lex fori* o incluso pertenecer a terceros Estados.⁴¹ Desde esta perspectiva, es posible que se configure una situación mixta del ámbito privado internacional a partir de la norma conflictual, *lex fori* y las leyes de terceros Estados.

En cambio, en tanto el fraccionamiento de la ley aplicable a la sustancia del vínculo contractual, al provocarse por la inter-

⁴⁰ Carrascosa González (1992), p. 44.

⁴¹ *Ídem*.

vención directa de la voluntad de las partes, estamos ante un *dépeçage* en que las partes proceden a establecer como ley aplicable a la dimensión sustancial del contrato internacional, identificado por sus obligaciones, una pluralidad de leyes nacionales, en lugar de someter a dicho régimen jurídico a una sola ley aplicable. De ahí que la diversidad y disposición por los particulares que expresa el fraccionamiento voluntario, puede originar temores ante la posibilidad de menoscabar la seguridad jurídica del funcionamiento del tráfico externo internacional, además del riesgo de vulnerar principios de orden público de las leyes del foro. Sin embargo, se entiende que más allá de los efectos localizadores que puede generar la vigencia de la autonomía de la voluntad, los límites del fraccionamiento voluntario pasan por establecer adecuadamente las barreras que impidan la verificación de excesos por parte de la voluntad de los privados. Una situación distinta es determinar hasta qué punto nuestra actual comprensión de la autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado debiere ser reformada para ajustarse a una realidad más general y global del intercambio internacional, satisfaciendo las nuevas formas de negocios, caracterizados por su flexibilidad y rapidez, y la pretensión de globalidad que expresa el escenario comercial contemporáneo.

A propósito del *dépeçage* voluntario, es necesario distinguir entre la función de la autonomía de la voluntad como generadora de normas jurídicas en el derecho contractual interno y su funcionamiento en el ámbito del Derecho Internacional Privado, configurándose como una autonomía conflictual.⁴² En este sentido, de acuerdo a la norma de conflicto, el derecho que el tribunal aplica al contrato internacional no está determinado por una conexión preestablecida con dicha norma, sino que se encuentra sujeta a la elección de las partes, quienes según el principio de autonomía de la voluntad, pueden formular el ordenamiento jurídico que con carácter general va a regir la relación contractual. Las partes, una vez que han determinado la normativa de rigor, efectúan una fun-

⁴² Carrascosa González (1992), p. 70.

ción de referencia a un ordenamiento, completando la norma de conflicto de foro, cuya terminación es producto de la autonomía de las partes. Así, la autonomía de la voluntad no es conexión y no es entendida como conflicto de leyes, sino que se expresa en un criterio para seleccionar conexiones.⁴³ Las partes podrían elegir como verdadera la conexión a la nacionalidad de las partes, el lugar de celebración del contrato, o la nacionalidad, entre otras alternativas. De modo que en una primera instancia, el rol de seleccionador de la autonomía de la voluntad, se escoge el criterio de conexión que en una segunda instancia va a determinar la normativa estatal aplicable.

Sin embargo, en el contexto del fraccionamiento del Derecho Internacional Privado, resulta cuestionable que en la actualidad siempre el derecho seleccionado por las partes deba tener alguna conexión con el negocio jurídico y, por ende, la autonomía de la voluntad no constituye un criterio seleccionador de conexiones en el ámbito de las obligaciones contractuales internacionales, sino que importa una verdadera selección en un segundo momento. Así, en un primer momento, el ordenamiento del foro reconoce la autonomía de la voluntad para designar la ley aplicable a la sustancia del contrato internacional y, en un segundo momento, las partes eligen el ordenamiento estatal en particular que regirá el vínculo contractual. El *dépeçage* voluntario, entonces, encuentra su reconocimiento de manera implícita o explícita en el primer momento, y cuya verificación se produce en el segundo momento, lo cual se sigue de su carácter voluntario. Tal efecto expansivo de la autonomía de la voluntad no requiere necesariamente que la norma escogida se encuentre conectada con las circunstancias del negocio jurídico en cuestión. Por lo tanto, este complejo marco jurídico denotado por el pluralismo de regímenes normativos permite la combinación de distintas consideraciones adicionales a la autonomía de la voluntad, configuradas a partir del efecto expansivo de dicho principio. Así parece perfectamente concebible la existencia de un contrato internacional en que confluyan

⁴³ Carrascosa González (1992), p. 71.

una designación posterior en el tiempo para que sea aplicable, y la determinación de una norma sin conexión objetiva con el negocio jurídico.

Una situación distinta generada en este contexto de partición jurídica es la posibilidad de formular un contrato internacional a ordenamientos jurídicos generales y no estatales. De una parte, la configuración de un contrato sin ley, aludiendo a un contrato sin referencia a un sistema jurídico determinado, se estima como no admisible. Tampoco se permite la sujeción a sistemas normativos no estatales y vagos, como la *lex mercatoria* o los principios generales del derecho de las naciones civilizadas. De ahí que la posibilidad de un fraccionamiento voluntario, generado a través de un contrato gobernado en parte por las normas seleccionadas y en parte sometido a ordenamientos no estatales o principios normativos vagos, no se entiende como viable. Si esto ocurre, la pluridesignación será en esta parte inválida y, en la parte restante, será siempre válida en la medida que observe la norma seleccionada por la voluntad de las partes y respete el ordenamiento estatal. Esta forma de partición ha sido asociada a un *dépeçage* parcial.⁴⁴

Al respecto, hay que tener presente que la invalidez de la sumisión a ordenamientos jurídicos no estatales, en especial a la *lex mercatoria*, es altamente discutible, en atención a la remisión que puede existir sobre los usos y prácticas de esta normativa, que se encauza mediante la autonomía material concretándose la autonomía conflictual por las partes. A su vez, el arbitraje en el Derecho Internacional Privado presenta inconvenientes, en que se produce un conflicto ideal entre normas de conflictos, pero ni la cláusula de sumisión a arbitraje puede formularse en forma absolutamente desnacionalizada. Es decir, de todas formas, el marco estatal va a operar ante una eventual ejecución del laudo mediante el orden público internacional, impidiendo así que el contrato internacional se encuentre exento de regulación.

⁴⁴ Carrascosa González (1992), p. 212.

Finalmente, un problema adicional que se produce dice relación con la internacionalidad exigida como presupuesto para la autonomía conflictual. Una dificultad radica en establecer un catálogo de circunstancias o consideraciones objetivas que determinen el carácter internacional de un contrato y otra distinta está constituida por la posibilidad de un rechazo a una eventual internacionalización de un contrato interno, en cuanto a la designación de un derecho extranjero en los supuestos que, sin perjuicio de su vinculación internacional, aparecen conectados con un solo ordenamiento. En este sentido, se exige que la situación jurídica implique un conflicto de leyes y, por tanto, debe ser internacional, comprendiéndose por tal al contrato que objetivamente “suponga un movimiento de personas, cosas, servicios, o pagos a través de fronteras nacionales”.⁴⁵

Aun cuando se estime solucionada aquella controversia, queda pendiente determinar si las partes pueden internacionalizar un contrato objetivamente interno, mediante su designación de un derecho extranjero. Desde este punto de vista, se reconoce la posibilidad de las partes de internacionalizar un contrato, pese a que los resultados de dicha conducta no pueden implicar una modificación de la ley naturalmente aplicable, es decir, aquella con la cual el supuesto parece estrechamente conectado y es inducible. De ahí que la elección de una determinada norma aplicable al contrato cuyos elementos se encuentran conectados con un Estado distinto, solo sería eficaz si no se transgreden las disposiciones imperativas de la primera normativa, admitiéndose como autonomía negocial en la primera legislación aplicable al vínculo contractual. Si esto fuere así, las partes pueden internacionalizar un contrato naturalmente interno mediante una pluridesignación de leyes.⁴⁶ Pero el fraccionamiento articulado con el objeto de alcanzar tal internacionalización puede carecer de efectividad, pues las normas designadas solo serán aplicables en la medida

⁴⁵ Virgós Soriano, en González Campos *et al.* (1991), pp. 208-210, citado en Carrascosa González (1992), p. 215.

⁴⁶ Carrascosa González (1992), p. 216.

que no perjudiquen las normas imperativas, simples e internacionalmente imperativas, con el ordenamiento jurídico con el cual los elementos de la relación contractual aparecen conectados. Esta limitación importa negar la posibilidad ideal de un *dépeçage* internacional del contrato interno y reconocer que las leyes de las normas que hayan sido designadas solo serán eficaces como reglamentación de índole material, referida a la autonomía negocial.⁴⁷

Conclusiones

El Derecho Internacional ha experimentado profundas modificaciones en su estructura preliminar, según la cual se distinguía entre una manifestación propia de las relaciones entre los Estados, y otra asociada con las relaciones entre particulares que suponía un conflicto de normas potencialmente aplicables al supuesto jurídico.

En la actualidad el sistema comercial internacional está provisto de una complejidad que implica poner en cuestionamiento hasta qué punto sigue efectivamente vigente la distinción entre ambas ramas del Derecho Internacional. Según lo analizamos en el desarrollo del trabajo, son demasiadas las problemáticas que enfrenta esta formulación original de carácter bifronte como para no sostener que la distinción tiene una contribución principalmente a nivel conceptual, pero desde el punto de vista normativo, ha sido ajustada a fenómenos de integración y convergencia entre ambos regímenes que aspiran a diluirla progresivamente.

La dificultad de experimentar el proceso de confluencia entre ambos sistemas de Derecho Internacional, manifestada en la naturaleza y funcionamiento de ambos, así como en sus instituciones, reflejados en los problemas presentados entre las jurisdicciones arbitrales y ordinarias de justicia, sugiere que no necesariamente se deba formular una respuesta concluyente acerca de la distinción entre ambos órdenes normativos. La pretensión del Derecho Internacional es más modesta y ciertamente realista:

⁴⁷ En este sentido, *ídem.*

busca otorgar luces y efectuar consideraciones críticas respecto al tránsito que ha experimentado el sistema jurídico internacional, manifestando sensibilidades e inquietudes que dan cuenta de las complejidades y dimensiones del mismo.

El fenómeno de fraccionamiento jurídico o *dépeçage* cobra importancia en el escenario normativo contemporáneo, que presenta un compromiso con la pluralidad de ordenamientos jurídicos. La peculiaridad del proceso de partición está dado por el quiebre de la idea clásica del contrato internacional como un vínculo jurídico sometido a un esquema regulativo único, configurándose una división normativa que apelaba a una diversidad de órdenes que gobiernan diversos aspectos de la relación contractual. Y, en particular, la contribución fundamental de la partición jurídica se encuentra asociada a su construcción voluntaria, en que las partes contratantes configuran la coexistencia de legislaciones a partir del mismo contrato internacional. Dicha pluralidad hace justicia a la formulación actual del sistema de intercambios donde la diversidad, complejidad y rapidez se presentan como rasgos constituyentes del contexto, en el cual ejercen su soberanía el Derecho Internacional Privado y el Derecho Internacional Público.

Referencias bibliográficas

- Arbuet, Herbert, Eduardo Jiménez de Aréchaga y Roberto Puchero (1996). *Derecho Internacional Público*, tomo I. Fundación de Cultura Universitaria: Montevideo.
- Bishop, William W. (1962). *International Law. Cases and Materials*. Little, Brown and Company: Boston.
- Brower, Charles H. (2008). "The Functions and Limits of Arbitration and Judicial Settlement Under Private and Public International Law", *Duke Journal of Comparative & International Law*, 18, pp. 259-309.
- Carrascosa González, Javier (1992). *El contrato internacional (Fraccionamiento versus unidad)*. Civitas: Madrid.
- Collier, John y Vaughan Lowe (2000). *The Settlement of Disputes in International Law: Institutions and Procedures*. Oxford University Press: Oxford.
- Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas [CDI] (2003). Informe de la Comisión, 58° período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Suplemento n.º 10 (A/58/10).

- Dodge, William S. (2008). "The Public-Private Distinction in the Conflict of Laws", *Duke Journal of Comparative & International Law*, 18, pp. 371-394.
- Fernández Rozas, José Carlos y Diego Pedro Fernández-Arroyo Giménez (1996). "Estructura institucional del derecho del comercio internacional", en Fernández Rozas, José Carlos (ed.), *Derecho del comercio internacional*. Eurolex, Madrid.
- Figuroa Plá, Uldaricio (2002). *Organismos internacionales: Funcionamiento y actividades*. LexisNexis: Santiago de Chile.
- González Campos, Julio *et al.* (1991). *Derecho internacional privado*. Civitas: Madrid.
- Lagos, Enrique (2008). "El Derecho Internacional en los inicios del siglo XXI y su impacto en el ámbito interamericano", en Llanos Mansilla y Picand Albónico (2008), tomo I.
- Llanos Mansilla, Hugo (2005). *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*, tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- Llanos Mansilla, Hugo y Eduardo Picand Albónico (coords.) (2008). *Estudios de Derecho Internacional. Libro Homenaje al profesor Santiago Benadava*, tomos I y II. Librotecnia: Santiago de Chile
- Mereminskaya, Elina y Aldo Mascareño (2005). "La desnacionalización del derecho y la formación de regímenes globales de gobierno", en María Dora Martinic y Mauricio Tapia (eds.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: Pasado, presente y futuro de la codificación* (Tomo II). LexisNexis: Santiago de Chile.
- Michaels, Ralf (2008). "Public and private law in the global adjudication system: Tree questions to the panelists", *Duke Journal of Comparative & International Law*, 18, pp. 253-258.
- Michaels, Ralf (2007). "The True *Lex Mercatoria*: Law Beyond the State", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 14 (2), pp. 447-468.
- Nehme, Nicole (2001). *El cambio de circunstancias en los contratos económicos internacionales. Un acercamiento a la lex mercatoria*. Editorial Jurídica Conosur: Santiago de Chile.
- Novak Talavera, Favian y Luis García Gorrochano Moyano (2000). *Derecho internacional público*, tomo I. Pontificia Universidad Católica del Perú: Lima.
- Pastor Ruderejo, José (1986). *Curso de derecho internacional*. Tecnos: Madrid.
- Picand Albónico, Eduardo (2008). "El Juez y el derecho extranjero en el proceso de extradición", en Llanos Mansilla y Picand Albónico (2008), tomo II.
- Vargas Carreño Eduardo (2007). *Derecho internacional público de acuerdo a las normas y prácticas que rigen el siglo XXI*. Editorial Jurídica de Chile: Santiago de Chile.