

UN DERECHO COMPARADO
PARA EL DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO
DE NUESTROS DÍAS

COLECCIÓN ESTUDIOS DE DERECHO PRIVADO 3

© JORGE OVIEDO ALBÁN (Editor académico)

© DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO

© UNIVERSIDAD DE LA SABANA

© GRUPO EDITORIAL IBAÑEZ

Grupo Editorial Ibañez

Bogotá – Colombia

Carrera 69 Bis N° 36 – 20 sur

Teléfonos: 2300731 – 2386035

Librería:

Calle 12 B N° 7 – 12. L. 1; teléfonos: 2847524 - 2835194

Bogotá, D.C. - Colombia

www.grupoeditorialibanez.com

Universidad de La Sabana

Campus del Puente del Común

Km 7 Autopista Norte de Bogotá, Chía, Cundinamarca, Colombia.

Tél: (57-1) 8615555: 1412 - 1413

www.unisabana.edu.co

publicaciones@unisabana.edu.co

Esta monografía se integra a la línea “Derecho Comercial Internacional” del Grupo de investigación Derecho Privado Universidad de La Sabana (COL0038745), con el apoyo de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP). Fue publicada originalmente en inglés en el *YBPIL*, vol. IX, 2009, pp. 31-71. Posteriormente, con modificaciones, se publicó en castellano en: *Derecho internacional privado – derecho de la libertad y el respeto mutuo. Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maekelt*, Asunción, ASADIP / CEDEP, 2010, pp. 55-105 (*biblioteca de derecho de la globalización*, vol. 4).

<http://derechocomercialinternacional.blogspot.com>.

<http://www.asadip.org>

Las regalías derivadas de la colección “Estudios de Derecho Privado”, han sido donadas por el Editor académico y los autores participantes al Fondo de becas y ayudas económicas de la Universidad de La Sabana.

Ley 23 de 1982

ISBN 978-958-749-157-9

Diagramación electrónica: *Elizabeth Contreras S.*

® 2012

Fernández Arroyo, Diego P.

Un derecho comparado para el derecho internacional privado de nuestros días / Diego P. Fernández Arroyo ; presentación Jorge Oviedo Albán. – Chía : Universidad de La Sabana, Grupo Editorial Ibañez, 2012.

102 p. ; cm. – (Colección Estudios de Derecho privado ; 3)

ISBN 978-958-749-157-9

1. Derecho internacional privado 2. Derecho comparado I. Oviedo Albán, Jorge II. Universidad de La Sabana (Colombia). Facultad de Derecho III. Tit.

CDD 340.9

Co-ChULS

DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO
SciencesPo. Ecole de Droit

**UN DERECHO COMPARADO
PARA EL DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO
DE NUESTROS DÍAS**

Presentación

JORGE OVIEDO ALBÁN

Profesor de la Facultad de Derecho
Universidad de La Sabana



Universidad de
La Sabana



Grupo Editorial
IBAÑEZ

COLECCIÓN
ESTUDIOS DE DERECHO PRIVADO
JORGE OVIEDO ALBÁN
Director y editor académico
ELSA CRISTINA ROBAYO CRUZ
Directora de Publicaciones Científicas
Universidad de La Sabana

COMITÉ EDITORIAL Y CIENTÍFICO

ALEJANDRO GARRO. Juris Doctor (Columbia University). Master of Laws (Louisiana University). (Estados Unidos).

ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA. Doctor en Derecho (Universidad de Bolonia). Catedrático de Derecho Internacional Privado Universidad Carlos III de Madrid (España).

ÁLVARO MENDOZA RAMÍREZ. Doctor en Derecho (Universidad de Paris). Profesor Universidad de La Sabana (Colombia).

CARLOS GUSTAVO VALLESPINOS. Doctor en Derecho (Universidad Nacional de Córdoba). Profesor Titular de Derecho Civil, de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina).

DIEGO FERNÁNDEZ ARROYO. Doctor en Derecho y Master en Derecho Comparado (Universidad Complutense de Madrid). Profesor Sciences Po (Francia).

EDGARDO MUÑOZ. Dr. Iur. (Universität Basel) LLM (Li-

verpool). Investigador asociado del Centro de Derecho Comparado, Europeo e Internacional (CDCEI) – Université de Lausanne (Suiza).

INGEBORG SCHWENZER. Dr. Iur. (Friburgo) LLM (Berkeley). Profesora ordinaria de Derecho Privado Universität Basel (Suiza).

OBDULIO VELÁSQUEZ POSADA. Master of Laws (Melbourne University). Profesor Universidad de La Sabana (Colombia).

PILAR PERALES VISCASILLAS. Doctora en Derecho (Universidad Carlos III de Madrid). Catedrática de Derecho Mercantil Universidad Carlos III de Madrid (España).

RAÚL ANÍBAL ETCHEVERRY. Doctor en Derecho (Universidad de Buenos Aires). Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad Católica Argentina). Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad Castilla La Mancha). Profesor Universidad de Buenos Aires (Argentina).

CONTENIDO

EL AUTOR.....	9
PRESENTACIÓN.....	11
I. INTRODUCCIÓN: UN PARADIGMA COMPARATIVO CLÁSICO PARA UN DIPr CLÁSICO.....	15
II. RAZONES Y CONSECUENCIAS DE LOS CAMBIOS EN EL DIPr	17
1. <i>Avances tecnológicos</i>	17
A) Registros electrónicos de garantías mobiliarias.....	17
B) Contratos electrónicos.....	20
C) Apostillas electrónicas.....	24
2. <i>Incremento en el tráfico transfronterizo</i>	24
A) Circulación internacional de seres humanos – Impacto en el derecho internacional de la familia	25
B) Transferencia de sede social y actividades <i>off-shore</i>	29
C) Circulación de bienes culturales.....	31
3. <i>Rol de los derechos humanos en las relaciones jurídicas privadas</i>	33
A) Derechos humanos en el proceso civil.....	33
B) Libertad, igualdad y dignidad de la persona	36
4. <i>Evolución del significado de los conceptos jurídicos tradicionales</i>	39
A) Soberanía.....	40
B) Territorialismo.....	42
C) Poder jurisdiccional	44
III. ELEMENTOS DEL DIPr ACTUAL	47
1. <i>¿Qué es hoy el DIPr?</i>	47
A) Declive del DIPr centrado en la determinación del derecho aplicable.....	47
B) Materialización del DIPr	50
2. <i>¿Quién elabora el DIPr?</i>	52
A) Aumento y expansión de los actores privados.....	52
B) Elaboración de reglas “universales” por legisladores nacionales	54

3.	<i>¿Cómo se elabora el DIPr?</i>	55
	A) “Residualización” del DIPr nacional	55
	B) <i>Soft law</i> y reglas abiertas	58
IV.	LA BÚSQUEDA DE UN PARADIGMA COMPARATIVO CONTEMPORÁNEO PARA EL DIPr ACTUAL	61
1.	<i>DIPr y DC (visión tradicional)</i>	63
	A) Comparación de sistemas de DIPr	64
	B) Elaboración de normas de DIPr	65
	C) Interpretación y aplicación del DIPr	66
2.	<i>El DIPr frente a la globalización y la integración regional (visión contemporánea)</i>	67
	A) Necesidad de un enfoque complementario	67
	B) Optimizar la cooperación internacional como finalidad esencial del DC	70
V.	ENSEÑAR Y APRENDER EL DIPr SOBRE UNA BASE COMPARATIVA....	75
1.	<i>¿Por qué se debe enseñar el DIPr “comparativamente”?</i>	75
	A) Aumento del número de personas conectadas con múltiples sistemas jurídicos.....	76
	B) Pluralidad de ordenamientos jurídicos	77
	C) Facilidad en el acceso al derecho extranjero	79
2.	<i>¿Cómo se debería enseñar el DIPr comparado?</i>	80
	A) Permanencia de la utilidad de la división derecho romano-germánico / <i>common law</i>	80
	B) Importancia de la jurisprudencia	83
	C) Otras cuestiones a tener en cuenta	85
VI.	ALGUNAS APRECIACIONES CONCLUSIVAS.....	91
	BIBLIOGRAFÍA.....	93

EL AUTOR

DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO es abogado y notario de la Universidad Nacional del Litoral (Santa Fe, Argentina). Diploma en Derecho Internacional Privado profundizado de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Máster en Derecho Comparado de la Universidad Complutense de Madrid. Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Ha enseñado Derecho Internacional Privado, Derecho del Comercio Internacional y Derecho comunitario en instituciones de prestigio como profesor permanente (Profesor de la Universidad Complutense de Madrid, Profesor Honorario de la Universidad Nacional de Córdoba en Argentina desde 2000) e Invitado (Universidad de París II, Panthéon - Assas, Academia de Derecho Internacional de La Haya, la Universidad Central de Venezuela, Universidad de Montevideo, Universidad de Ottawa, la Universidad Federal de Santa Catarina, de la Universidad de California-Davis, la Universidad Iberoamericana México y Estados Unidos, la Universidad de Friburgo, entre otras).

Ha sido conferencista y ha realizado estancias en universidades y centros de investigación extranjeros como el Instituto Max Planck para el Derecho privado extranjero, Universidad de La Habana, Universidad de Lausana, el Instituto Suizo de Derecho Comparado, la Universidad Nacional Autónoma de México y la Universidad de Göttingen.)

Desde el 2010 Profesor en la Facultad de Derecho de Sciences Po (Francia), donde imparte los cursos “Resolución de conflictos” y “Litigio global y conflicto de leyes”.

El Profesor FERNÁNDEZ ARROYO es también autor de libros y artículos publicados en varios idiomas, así como

co-director de la DeCITA, revista de Derecho del Comercio Internacional - Temas y Actualidad, y co-director de la colección Biblioteca de Derecho de la globalización. Es integrante de asociaciones académicas y profesionales: Miembro del *Curatorium* de la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Miembro de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), de la que fue Presidente. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado, de la *International Academy of Commercial and Consumer Law*, de la *International Law Association* y del *International Arbitration Institute*.

Árbitro en asuntos internacionales y consultor de varias instituciones como la Unión Europea, el BID y Mercosur. Ha sido Miembro del Grupo de Expertos para la preparación de la Sexta Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP VI –OEA-). Participante en dicha Conferencia como Invitado especial de la OEA, Washington, D.C., (2002). Miembro de la delegación de la República Argentina ante UNCITRAL, Grupo de Trabajo II (Arbitraje) y VI (Garantías reales).

PRESENTACIÓN

Gracias a la colaboración de un selecto grupo de autores americanos y europeos, que ha respondido al llamado para participar en este proyecto sin otro interés que el de contribuir al estudio y difusión de diversas temáticas de actualidad en el campo del Derecho Privado contemporáneo, ha surgido la Colección “Estudios de Derecho Privado”, que compila una serie de trabajos relativos a diversos temas y problemas que genera el fenómeno globalizante, que sin duda no tiene marcha atrás. Esta colección, editada en conjunto por la UNIVERSIDAD DE LA SABANA y GRUPO EDITORIAL IBAÑEZ, con el apoyo del Instituto Latinoamericano de Derecho de los Negocios (ILADEN), presidido por el Profesor RAÚL ANÍBAL ETCHEVERRY, de varios miembros del Grupo ACCURSIO de Derecho Internacional Privado (España), de *Global Sales Law Project*, de la Universidad de Basilea (Suiza) y la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), entre otros grupos y centros de estudio internacionales, es fruto de las labores de investigación y docencia iniciadas hace varios años en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana, especialmente en la línea de investigación “Derecho Comercial Internacional” del Grupo de Derecho Privado liderado por el autor de estas líneas.

En el marco de dichas actividades, y como producto de la dinámica propia de los temas tratados, se ha establecido un diálogo entre varios profesores y grupos de investigación nacionales y extranjeros, todo con la finalidad de unir esfuerzos en pro de la divulgación del conocimiento y la imperiosa necesidad de conocer los desarrollos del Derecho comparado, buscando nutrirse de elementos para generar

nuevas interpretaciones de las reglas jurídicas, de forma que se pueda responder adecuadamente a las realidades y necesidades del mundo contemporáneo. Además se busca la difusión y aplicación en América Latina de los instrumentos internacionales de la contratación, que han venido siendo adoptados en diversos países a instancias de entidades intergubernamentales, tales como la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL/CNUDMI) y el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT).

Los trabajos monográficos que se incluyen en esta colección, que el lector encontrará enunciados al final de este texto, versan sobre diversos tópicos del Derecho Privado: Civil y Comercial, además del Derecho Internacional Privado y el Derecho Uniforme del Comercio Internacional. Cabe señalar que el Derecho Internacional Privado en de Latinoamérica no ha tenido mayores desarrollos en las últimas décadas, pese a los esfuerzos de entidades como la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP), lo que se refleja en la escasa aceptación que tienen instrumentos como la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales (México 1994), la cual, de ser adoptada, podría servir para solucionar muchos de los interrogantes derivados de la contratación internacional. Por ello, conocer los desarrollos y avances que han tenido las reglas sobre autonomía conflictual y determinación de la ley aplicable en defecto de elección contenidas en esta Convención entre muchos otros temas, a partir de su interpretación y aplicación por parte de jueces, árbitros y abogados en otras latitudes, puede servir para interpretar tales figuras en el Derecho latinoamericano.

“Un Derecho Comparado para el Derecho Internacional Privado de nuestros días”, del Profesor DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO, se pregunta por las relaciones entre el Derecho Comparado y el Derecho Internacional Privado ante lo cual sostiene que éste último ha vivido tantos cambios

en los últimos tiempos que el que denomina “uso común” del método comparativo se ha vuelto insatisfactorio, sosteniendo que el uso del Derecho Comparado en relación con el Derecho Internacional Privado requiere un enfoque más comprensivo y dinámico. Esta propuesta del Profesor FERNÁNDEZ ARROYO encaja perfectamente con la finalidad que ha llevado a preparar esta colección. En varios países de América del Sur todavía es frecuente ver que las aproximaciones al Derecho Comparado se confunden con las simples referencias normativas a leyes que rigen en otros Estados. Por esto es que de tiempo atrás nos hemos manifestado críticamente sobre el método comparativo a “doble columna” y a los capítulos de “Derecho comparado” que se suelen incluir en libros y monografías. Esta aproximación al Derecho extranjero no dice y no conduce a nada. Por esa razón, conocer la forma como operan realmente las reglas en otras latitudes, como se sugirió al mencionar los temas abordados en los dos primeros capítulos contenidos en este libro, para revisar la operatividad de las propias es lo que en definitiva ayuda para solucionar los problemas jurídicos, que puede ser uno de los fines para los que sirve el Derecho Comparado.

Para finalizar, debo reiterar mi agradecimiento al Profesor DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO, no solo por honrarme con su amistad, sino por los aportes (como el presente) que contribuyen a la construcción del moderno Derecho Internacional Privado, acorde con las necesidades de nuestro tiempo.

JORGE OVIEDO ALBÁN
Campus del Puente del Común
Universidad de La Sabana