

**Feuillade, Milton C.**

*Aplicación del derecho público extranjero*

Prudentia Iuris N° 73, 2012

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Feuillade, M. C. (2012). Aplicación del derecho público extranjero [en línea], *Prudentia Iuris*, 73. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/aplicacion-derecho-publico-extranjero.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar fecha de consulta al final de la cita. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

## APLICACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO EXTRANJERO

MILTON C. FEULLADE\*

**Resumen:** El uso jurídico como método de resolución de los conflictos de normas en el Derecho Internacional Privado reclama al Derecho Público extranjero con la única limitante del orden público aplicado a posteriori y como conjunto de principios. Si asumimos el problema de la adaptación de la norma desde el uso jurídico, puede hablarse de una teoría del “envío pleno” al derecho extranjero y a partir de allí todo el ordenamiento extranjero debe ser tenido en cuenta y no solo el Derecho Civil o una parte de él. Se debe rescatar la concepción sistémica del Derecho en un mundo jurídico donde la distinción clásica entre el Derecho Público y el Derecho Privado ha perdido su sentido y vigencia.

**Palabras clave:** Derecho Público extranjero - Aplicación - Teoría del uso jurídico.

**Abstract:** The juridical using as a method for resolving conflicts of norms in Private International Law claim foreign Public Law with the only limitation of public order implemented like a set of principles and as negative aspect of the legal consequence in rule structure. Assuming the problem of adaptation of the standard from the juridical using, we can speak of a theory of “full send” foreign law and from there all the foreign system law must be taken applied and not just Civil Law or part him. Should be rescue the systemic conception of Law in a legal world where the traditional distinction between Public Law and Private Law has lost its meaning and effect.

**Key words:** Foreign Public Law - Application - Theory of juridical using.

\* Investigador del CONICET. Docente de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA) y en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

## I. Introducción

Esta temática puede considerarse de nueva data dentro del Derecho Internacional Privado. Como se verá recién desde los años setenta del siglo XX comenzó a dársele relevancia<sup>1</sup>.

De esta forma, Rigaux<sup>2</sup> en esa década afirmaba: “La frontière entre le droit public et le droit privé doit être récusee” y que posee hoy el carácter de arbitraria<sup>3</sup>, entre otras cosas por resultar artificial ante la estructura económica actual, construida por el poder estatal presente para contenerla por un lado y el avance de lo privado en materia que otrora resultaba pública. El prestigioso profesor de Lovaina destacaba en aquel momento que el espacio integrado europeo reclamaba una nueva clasificación que no resultara tan rigurosa<sup>4</sup>. El *Institut de Droit International* (I.D.I.), en 1975, iniciaba el proyecto de Resolución sobre Aplicación del Derecho Público extranjero afirmando la relatividad y el carácter evolutivo de la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado<sup>5</sup>.

En la misma línea, Fernández Rozas nos dice que la distinción hoy en día se ha vuelto borrosa: “[...] y carente de gran parte de la utilidad que ha tenido en tiempos pasados, de suerte que si esto es así en el ámbito del Derecho Interno sería equivocado preservar e, incluso, intensificarla en el ámbito del D.I.Pr.”<sup>6</sup>.

Desde ese mismo ángulo, y más de treinta años después, nosotros lo afirmamos diciendo que este planteo ha sufrido una expansión desde los espacios integrados al espacio global en que vivimos<sup>7</sup>.

La aplicación del método analítico analógico<sup>8</sup>, al descomponer la capacidad, la

<sup>1</sup> Esto lo afirmamos, sin olvidarnos de que ya en el año 1929, desde una óptica diferente a la que aquí se expone, pero de necesaria referencia, la Academia de la Haya incluyó un curso: FEDOZZI, Prosper, *De l'efficacité extraterritoriale des lois et des actes de droit public*, R. des C., Vol. 27 (1929-II), págs. 141 a 242 y al año siguiente será tratado por: NIBOYET, Jean Paul, *Les doubles impositions au point de vue juridique*, R. des C., Vol. 31 (1930-I), págs. 1 a 105. Para una secuencia histórica precisa de los orígenes del tratamiento del tema sugerimos ver: MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *El Derecho Público extranjero en el tráfico privado internacional*, Madrid, R.E.D.I., Vol. XXV, N° 1-4, 1972, págs. 247 a 288.

<sup>2</sup> RIGAUX, François, *Droit Public et Droit Privé dans les Relations Internationales*, París, ed. Pedone, 1977, 486 págs., págs. 19 y 20. Más adelante, en la citada obra, en la pág. 424, de modo contundente concluye: “[...] le droit public étranger est pris en considération pour résoudre un conflit d'intérêts privés”.

<sup>3</sup> *Ibid.*, pág. 56, donde el autor luego de realizar un análisis de las situaciones jurídicas individuales en el medio internacional concluye: “Aux exemples analices sont deja sous-jacents des thèmes qui seront developpés dans les chapitres suivants: l'incidence du droit International sur les relations privées et le caractère arbitraire de la distinction entre le droit public et le droit privé étranger”.

<sup>4</sup> *Ibid.*, pág. 416. Donde en las conclusiones vuelve a afirmar los fines económicos sobre los que la distinción fue gestada, más allá de la distinción de las ramas del derecho en estricto sensu, que de por sí no están mal.

<sup>5</sup> *Institut de Droit International – Annuaire*, LALIVE, Pierre, “L'application du droit public étranger – Rapport définitif et projets de résolutions”, Session de Wiesbaden, 1975, Vol. 56, págs. 219 a 278.

<sup>6</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *Tráfico jurídico externo y Sistema de Derecho Internacional Privado*, Oviedo, ed. Gráficas Valdés, 1985, 235 págs., pág. 40.

<sup>7</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica*, I.D., N° 27, pág. 9 y sigs. y *Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración*, R.C.I.F.J.S., N° 24, págs. 41 a 56.

<sup>8</sup> GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado – Derecho de la tolerancia*, 8ª ed., Buenos Aires, ed. Depalma, 1997, 849 págs., pág. 67 y sigs.

forma, las obligaciones, etc., en ocasiones reclama una norma de Derecho Público en la *lex causae*, aunque se estén tratando cuestiones privadas<sup>9</sup>.

Creemos, adelantando conclusiones, que el uso jurídico como método de resolución de los conflictos de normas en el Derecho Internacional Privado reclama al Derecho Público extranjero, cuando el juez extranjero lo aplicase por sí para resolver el caso, con la única limitante del orden público del foro y a partir de la tolerancia con lo diferente<sup>10</sup>, en una sociedad donde el reconocimiento y respeto de lo multicultural<sup>11</sup> debe equilibrarse con la globalización.

De esta forma, inicialmente trataremos la distinción entre el Derecho Público y el Privado, tanto a nivel general como en el plano internacional, para luego analizar las diferentes posturas, negatorias por un lado y las que afirman la posibilidad de aplicar el Derecho Público extranjero, primero y general y luego desde algunas ramas del Derecho que nos han resultado notorias o significativas en esta temática.

## II. Distinción entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado

Si tomamos la concepción del Derecho Internacional Público a partir de Grocio, encontramos que no existe una distinción entre el Derecho Público y el Derecho Privado<sup>12</sup>, aunque bien puede decirse que la distinción de éste con el Derecho Interno se había consolidado<sup>13</sup> con el nacimiento del moderno Derecho Internacional, posteriormente a la paz de Westfalia en 1648.

Hacia finales del siglo XIX, el positivismo de Bartin<sup>14</sup> y otros autores<sup>15</sup> busca quitar, por un lado, la idea del derecho natural del conflicto de leyes y por el otro otorgar autonomía científica al Derecho Internacional Privado, sin haberse planteado que sea un rival del Derecho Internacional Público<sup>16</sup>.

En el otro carril, se acentuó la característica del Derecho Internacional Público de ser un derecho de coordinación entre soberanías y no de subordinación, en un orden no centralizado, en el que se regulan aspectos que hacen al estricto actuar de

<sup>9</sup> Esto desde otro método del Derecho Internacional Privado, ya había sido planteado por: MÓNACO, Riccardo, *Efficacia della legge nello spazio*, 2<sup>da</sup>. ed., Torino, ed. Torinese, 1964, 366 págs., pág. 79 y sigs.

<sup>10</sup> MILLS, Alex, *The confluence of Public and Private International Law*, Cambridge, ed. Cambridge University Press, 2009, 309 págs., pág. 14.

<sup>11</sup> JAYME, Erik, *Multicultural society and Private Law – German Experiences*, Roma, ed. Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, Conferenze e Seminari, N° 33, 1999, 27 págs.

<sup>12</sup> RIGAUX, François, *Droit Public et Droit Privé dans les Relations Internationales*, ob. cit., pág. 418, donde también destaca que Grocio introduce a las relaciones privadas internacionales en una concepción rudimentaria de la territorialidad, donde en último término se recurre a la ley natural en los conceptos del maestro holandés.

<sup>13</sup> MILLS, Alex, *The confluence of Public and Private International Law*, ob. cit., pág. 43.

<sup>14</sup> BARTIN, E., “Principes de Droit International Privé”, París, ed. Éditions Domat-Montchrestien, 1930, Tomo I.

<sup>15</sup> Por ejemplo Story o Dicey. En este sentido ver: MILLS, Alex, *The confluence of Public and Private International Law*, ob. cit., pág. 48 y sigs.

<sup>16</sup> *Ibid.*, pág. 419.

los sujetos del Derecho Internacional, donde se destacan y siguen primando aquellos que poseen el carácter de plenos: los Estados y la Iglesia Católica<sup>17</sup>.

Luego comenzó a mostrarse el Derecho Internacional Privado como rama del Derecho Interno, en especial por sus fuentes y aunque no se descartaban los Tratados como fuente de éste, se los consideraba como un instrumento que se adaptaba a los fines del Derecho Interno y que no poseía una vocación por el orden internacional en general, sino por regir situaciones que por su naturaleza están orientadas a los particulares.

Este aspecto de los Tratados de forma analógica se da con aquellos que poseen su objeto en otras ramas del Derecho Interno como el Derecho Marítimo, Aeronáutico, la cooperación penal, el Derecho Tributario, etc.

Si bien esto es verdad, nada obsta el cuestionar la tajante escisión entre el Derecho Público y el Derecho Privado.

Coincidimos con Ciuro Caldani<sup>18</sup> cuando demarca que el Derecho Internacional Privado buscó anclarse en concepciones voluntaristas e individualistas, que se orientan a la tutela de la propiedad privada y la fuerza obligatoria de los contratos como motor de la economía basada en el capitalismo, donde la protección de las relaciones privadas internacionales resguarda los estatutos personales, los derechos adquiridos y la autonomía de la voluntad de las partes.

Pero a su vez, todo esto no es incompatible con la utilización de las soluciones que pueda brindar el Derecho Público extranjero a la hora de la aplicación del derecho conectado, ni tal como dijimos, con una escisión tajante con el Derecho Internacional Público<sup>19</sup>.

Creemos que hoy podemos hablar de grados de intensidad y de interacción del Derecho Internacional Público con el Derecho Privado interno del Estado y ni hablar con el Derecho Internacional Privado. Autores como Alex Mills rescatan el profundo sentido sistémico del derecho dejado de lado por el positivismo<sup>20</sup> y afirman que hoy en día ambas materias poseen los mismos problemas y tratan las mismas cuestiones<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> VERDROSS, Alfred, *Derecho Internacional Público*, Madrid, ed. Aguilar, 1976, trad. Antonio Truyol y Serra, 690 págs., pág. 105 y sigs. BARBOZA, Julio, *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, ed. Zavalía, 2001, 750 págs., pág. 15 y sigs.

<sup>18</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho*, Rosario, ed. F.I.J., 1994, 211 págs., Tomo III - I, págs. 106 a 127; *Aspectos axiológicos del Derecho Internacional Privado*, Rosario, ed. F.I.J., 1979, 57 págs.

<sup>19</sup> Destacamos a su vez la actual interacción del Derecho Internacional Público en aspectos tradicionalmente han sido ámbitos del Derecho Privado, tal como la Organización Mundial del Comercio, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo, etc.

<sup>20</sup> MILLS, Alex, *The confluence of Public and Private International Law*, ob. cit., donde dice en la pág. 308: "The adoption of an international systemic perspective does not require a belief that private international law must necessarily be 'internationalised', similarly to the federalised private international law of the EU, Australia and Canada, explored in Chapter 4. The distinction between international and national conceptions of private international law is a false dichotomy constructed by international positivism. It is an intellectual cage in which international lawyers have too easily imprisoned themselves, and a conceptual wedge that has been driven between public and private international law".

<sup>21</sup> *Ibid.*, pág. 2; donde nos dice: "The sharp distinction between the public and the private in the International legal theory does not accurately reflect the real character of these subjects - it does not correspond

Es así que independiente de la actuación de personas de carácter público tal como si lo fueran de carácter privado<sup>22</sup>, donde claramente se deslindan los ámbitos, tenemos las Organizaciones Internacionales y las regulaciones que estas producen tal como si fuese Derecho Público incluso como en el caso de las Comunidades Europeas, como derecho supraestatal<sup>23</sup> o las decisiones de órganos jurisdiccionales supraestatales, entre los que se puede citar la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

### III. Distinción entre el Derecho Público y el Derecho Privado en el Derecho Internacional Privado

La distinción entre el Derecho Público y el Derecho Privado es recogida principalmente en el Derecho de raíz romano - germánica<sup>24</sup> y ausente o con muy limitado alcance en el *common law* o los sistemas jurídico socialistas<sup>25</sup>, donde todo el Derecho es público, aunque distingue diferentes ramas, como el Derecho Constitucional, Administrativo, de Familia e Internacional Privado con preeminencia en lo convencional, entre otras<sup>26</sup>. Ahora, en los sistemas socialistas, los conflictos de leyes del Derecho Internacional Privado se limitan a lo denominado privado e incluso desde allí encuentran sus resistencias<sup>27</sup>.

Por otra parte, hemos de partir de la unidad del ordenamiento jurídico desde una concepción sistémica<sup>28</sup>, donde la implicancia del caso no solo abarca el Derecho Privado, sino todo el sistema de normas<sup>29</sup>.

---

*with a clear separation in their effect, their social products, or their practice. Public and private international law are increasingly facing the same problems and issues – reconciling the traditional role and impact of the state with the legalisation of the international system, and balancing universal individual rights against the recognition of diverse cultures, all under the shadow of globalisation”.*

<sup>22</sup> ZUPPI, Alberto Luis, “La inmunidad soberana de los Estados y la emisión de la deuda pública”, *LL*, Tomo 1992-D sec.- doctrina, págs. 1118 a 1131.

<sup>23</sup> ABELLÁN HONRUBIA, Victoria; VILÁ COSTA, Blanca (aut.), *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, ed. Ariel, 3ª ed., 3ª imp., 2002, 352 págs. MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco, *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Madrid, ed. Trivium, 2010, 960 págs. En especial también los Tratados de Ámsterdam, Niza y Lisboa.

<sup>24</sup> Sobre la historia y el desarrollo de la distinción en el derecho romano puede verse: BAADE, Hans W., “Operation of foreign Public Law”, en *International Encyclopedia of Comparative Law*; LIPSTEIN, Kurt, chief editor, Boston, ed. Martinus Nijhoff, 1991, Vol. III, Chapter 12, págs. 3 a 54.

<sup>25</sup> DAVID, René – JAUFFRET SPINOSI, Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 10ª ed., Paris, ed. Dalloz, 1992, 523 págs., pág. 62 y sigs. ZWEIGERT, Konrad – KÖTZ, Hein, *Introducción al derecho comparado*, Aparicio Vásquez, trad., ed. Oxford University Press, 771 págs.

<sup>26</sup> LENIN, Vladimir I. – HAZARD, Jhon Newbold, *Soviet legal philosophy*, Cambridge – Massachusetts, ed. Harvard University Press, 1951, 465 págs. También como antecedentes cercanos se encuentran los innumerables casos del período de la República Democrática Alemana, afirmando la exclusiva territorialidad del Derecho Público extranjero. Sobre esto puede verse: WENGLER, Wilhelm, *The general principles of private international law*, R. des C., Vol. 104 (1961-III), págs. 273 a 469, pág. 442.

<sup>27</sup> BAADE, Hans W., “Operation of foreign Public Law”, ob. cit., pág. 12.

<sup>28</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Las ramas del mundo jurídico”, *JA*, Tomo 2008 – I, págs. 1288 a 1300. Y del mismo autor: “La comprensión del plurijuridismo y el monojuridismo en una nueva era”, *LL*, Tomo 2006 – C, pág. 1246 y sigs. *Lecciones de Filosofía del Derecho Privado*, Rosario, ed. F.I.J., 2003, 160 págs.

<sup>29</sup> MILLS, Alex, *The confluence of Public and Private International Law*, ob. cit., págs. 11 y 20.

Pero tampoco puede negarse que hoy todo ordenamiento posee un sector de legislación que lo cataloga como de carácter público. En este sentido, nos ha parecido interesante la forma en que Baade coloca el ámbito del Derecho Público en estratos, que nosotros los comprendemos como grados de intensidad, en el sentido de la aplicación del Derecho Internacional Privado de la siguiente forma<sup>30</sup>: 1) En primer lugar nos encontramos con el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo, que hacen al funcionamiento propio y soberano del Estado de Derecho en sus bases. 2) En un segundo grado de intensidad tendremos al Derecho Penal y al Derecho Tributario, en los cuales por soberanía estatal existiría un monopolio en el ejercicio de la coerción y su legitimación. 3) En un tercer nivel se encuentra el Derecho Económico, en especial aquel que hace a la emisión de moneda y todo lo referente a su regulación en control de cambios y por otra parte aquellos derechos que hacen a especiales intereses institucionales de la República o los servicios que ésta brinde, donde se ubica la regulación de los Derechos Reales, la insolvencia o los aspectos “sensibles” para el Estado respecto de las personas, como la adopción o las sucesiones. 4) El último nivel o grado de intensidad estaría dado por la regulación de los aspectos privados que pueden tener un especial interés para el Estado o “legislación regulatoria”, donde se incluyen las prohibiciones o restricciones a las importaciones o las exportaciones, las normas de policía<sup>31</sup> o imperativas del Derecho Internacional Privado en general, así como las especiales de orden público. Y nosotros, por su característica de poseer una naturaleza sui generis<sup>32</sup> entre lo público y lo privado, así como su especial carácter tutelar, incluimos al Derecho del Trabajo.

En un magistral estudio de la temática, Pérez Beviá<sup>33</sup> desarrolla la secuencia histórica del Derecho Internacional Privado donde su origen *Cunctos populos* hasta la adopción del nombre actual de la materia por Story<sup>34</sup>, en 1834, y generalizado por Foelix<sup>35</sup>, en 1843, la búsqueda de soluciones servía tanto para lo público como lo privado.

En el trabajo que Miaja de la Muela realizó sobre la temática que estamos tratando, refiriéndose a la glosa madre de nuestra materia, nos recuerda: “[...] en la génesis de la estatutaria italiana desempeña la ley *Cunctos populos* del Código justinianeo, que no es otra cosa que la transcripción de los tres emperadores anteriores, ordenando a sus súbditos profesión de la Religión católica, prescripción dentro del campo del Derecho Público que, no obstante esta naturaleza, sirvió a varias generaciones de glosadores para deducir soluciones para conflictos de leyes en materia privada”<sup>36</sup>.

<sup>30</sup> BAADE, Hans W., “Operation of forein Public Law”, ob. cit., págs. 14 y 15.

<sup>31</sup> Sobre el concepto, alcance e historia de las leyes de policía ver: STRUYCKEN, Antoon V. M., *Coordination and co-operation in respectful disagreement*, R. des. C, Tomo 311, 2004, págs. 406 a 436.

<sup>32</sup> DEVEALI, Mario L., *La relación de trabajo en el derecho internacional privado*, R.D.T., Año XII, 1952, págs. 65 a 87, pág. 79.

<sup>33</sup> PÉREZ BEVIÁ, José Antonio, *La aplicación del Derecho Público extranjero*, Madrid, ed. Civitas, 1989, 157 págs., pág. 32 y sigs.

<sup>34</sup> STORY, José, *Comentarios sobre el conflicto de las leyes*, Quiroga, Clodomiro (trad.), Buenos Aires, ed. Lajouane, 1891.

<sup>35</sup> FOELIX, Jean J. G., *Traité du Droit International Privé – ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, Paris, ed. Maresq Ainé, 1866, Tomo I.

<sup>36</sup> MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *El Derecho Público extranjero en el tráfico privado internacional*,

Es así que posteriormente se dio la exclusión de las ramas iuspublicistas, sumado al concepto de orden público internacional desarrollado por Mancini<sup>37</sup>, desde las leyes estrictamente prohibitivas que en su origen descubrió Savigny<sup>38</sup> y que en el continente americano fue seguido en su concepción por influyentes doctrinarios como Sánchez de Bustamante<sup>39</sup>.

A la afirmación de Bartin<sup>40</sup>, de que existen leyes potencialmente territoriales como las que regulan las relaciones de familia, las sucesiones o los contratos y otras que son territoriales por concepto, como las que norman los Derechos Reales y junto con aquellas las que regulan el Derecho Público, como las de Derecho Administrativo, Fiscal, Penal, Procesal, etc., dejó echada la suerte de limitar el Derecho Internacional Privado a las leyes sustantivas de Derecho Privado, al menos por algunas décadas<sup>41</sup>.

El resultado general ha sido la aplicación abusiva de la territorialidad mediante la institución del orden público de las leyes de Derecho Público.

A contrario de esto, acertada nos parece la afirmación: “[...] la vida internacional de las personas no está regida exclusivamente por normas de Derecho Privado, por ignorar la realidad de que la presencia jurídicamente relevante de elementos extranjeros no se limita exclusivamente a las relaciones jurídicas privadas, sino que, por el contrario, la intervención del Estado y del Derecho Público es hoy tan intensa que nos quedaríamos a mitad de camino si el comercio internacional, en el sentido más amplio de la expresión, fuese considerado solo desde el ángulo del Derecho Privado”<sup>42</sup>.

---

ob. cit., pág. 249. Donde dice además en la pág. 250: “En estos ejemplos y en otros que pudieran añadirse, es observable que la eficacia espacial de las leyes administrativas es tratada por los estatutarios dentro de una cuestión genérica de las dos fundamentales distinguidas por Bartolo, la de la aplicación del Estatuto de una ciudad o territorio a los extranjeros. En la otra cuestión, la relativa a la aplicación extraterritorial de los Estatutos, es menos frecuente la inclusión de cuestiones que hoy pudieran incluirse en el campo del Derecho Público, salvo algún caso referente a cuestiones penales”.

<sup>37</sup> MANCINI, Pasquale Stanislao, *Diritto Internazionale*, Nápoles, ed. Giuseppe Marghieri, 1873, 318 págs.

<sup>38</sup> SAVIGNY, Friedrich Kart von, *Sistema de Derecho Romano actual*, trad. Poley, Manuel, Madrid, ed. Góngora, 1839, 2<sup>da</sup>. ed., Tomo VI. Es de destacar que la concepción de Savigny es lejana al positivismo. Él parte de que las normas en el Derecho Internacional Privado se desarrollan en un alto nivel universal de normas secundarias, como parte del derecho de la comunidad internacional, aunque estas sigan bajo el derecho interno.

<sup>39</sup> SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVÉN, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, La Habana, ed. Cultural, 1943, 3<sup>a</sup> ed., Tomo I.

<sup>40</sup> BARTIN, Étienne, *Une conception nouvelle de l'empire de la loi locale par opposition à la loi personnelle et à la loi territoriale*, R. des C., Vol. 52 – II (1935-I), págs. 583 a 640.

<sup>41</sup> Debemos también destacar que autores como Niboyet se volcaban por establecer naturaleza internacional y de carácter público del Derecho Internacional Privado en el plano interno, un poco acentuando el tratamiento de la nacionalidad que el Derecho Internacional Privado hace, cuestión que hoy es debatida en el sentido de no considerárselo como aspecto nuclear del Derecho Internacional Privado, más todavía en sistemas como el Argentino, donde la nacionalidad no es punto de contacto y a su vez se destacaba el aspecto interno por el menor peso que en ese momento tenían los ámbitos convencionales, situación que es evidente que ha cambiado. A esta postura Loussouarn la rebatía afirmando su carácter de rama autónoma y la innecesariedad de posturas tajantes. Ver: LOUSSOUARN, Yvon – BOURE, Pierre – DE VAREILLES-SOMMIERES, Pascal, *Droit International Privé*, 8<sup>a</sup> ed., París, ed. Dalloz, 2004, pág. 58 y sigs.

<sup>42</sup> PÉREZ BEVIÁ, José Antonio, *La aplicación del Derecho Público extranjero*, ob. cit., pág. 33.

Creemos que el deslinde entre lo público y lo privado tuvo hacia inicios del siglo XX profundas motivaciones económicas orientadas a la protección del dominio del “mercado global” que más tarde terminamos viviendo<sup>43</sup>.

La exclusión del Derecho Público como un a priori es tomar al orden público como conjunto de normas y no de principios, lo cual lleva al destrozo de la concepción normológica y del uso jurídico de Goldschmidt<sup>44</sup>.

El reclamo de visiones sistémicas del derecho, que tal como se ve en las diferentes y variadas doctrinas de diferentes escuelas y de todas partes del mundo, que venimos citando se reclama.

El tema que venimos tratando posee de inicio en la materia un aparente viso de periférico. Sin embargo, toca en su esencia al objeto del Derecho Internacional Privado. Es así que hacemos nuestra la afirmación que dice: “[...] uno de los rasgos actuales del tráfico externo es que la noción de ‘situación privada internacional’ ha experimentado un fuerte proceso de revisión como consecuencia de la incidencia del Derecho Público en todos los sectores del ordenamiento jurídico”<sup>45</sup>.

Tal como en su momento lo ha hecho el I.D.I.<sup>46</sup>, creemos que es necesaria una construcción general sobre esta temática, pero en nuestro caso desde la teoría tridimensional del Derecho<sup>47</sup> y del uso jurídico para la aplicación del Derecho extranjero.

#### IV. Posibilidad de aplicación del Derecho Público extranjero

##### A. Teorías justificativas de la inaplicabilidad

Pasaremos a exponer las principales argumentaciones o teorías que se han formulado para intentar justificar la inaplicabilidad del Derecho Público extranjero; desde ya adelantamos y hacemos nuestra la conclusión de Pérez Beviá, cuando dice: “Ahora bien, los criterios propuestos no son satisfactorios. Más allá de la diversa terminología empleada se encuentra siempre la excepción del orden público, que ha sido en última instancia la única causa válida, más o menos evidente, que puede explicar el rechazo de ciertas partes del Derecho Público extranjero”<sup>48</sup>.

<sup>43</sup> MILLS, Alex, *The confluence of Public and Private International Law*, ob. cit., pág. 68 y sigs.

<sup>44</sup> GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado – Derecho de la tolerancia*, ob. cit., pág. 147 y sigs.

<sup>45</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *Tráfico jurídico externo y Sistema de Derecho Internacional Privado*, ob. cit., pág. 37.

<sup>46</sup> *Institut de Droit International – Annuaire*, LALIVE, Pierre, “L’application du droit public étranger – Rapport définitif et projets de résolutions”, ob. cit.

<sup>47</sup> GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, 6ª ed., Buenos Aires, ed. Depalma, 1996, 665 págs. Y del mismo autor: GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado – Derecho de la Tolerancia*, 10ª ed. actualizada por PERUGINI ZANETTI, Alicia, Buenos Aires, ed. AbeledoPerrot, 2009, 1188 págs.

<sup>48</sup> PÉREZ BEVIÁ, José Antonio, *La aplicación del Derecho Público extranjero*, ob. cit., pág. 50.

### 1. Territorialidad del Derecho Público extranjero

En las últimas décadas, diversos estudios doctrinarios<sup>49</sup> han establecido que el argumento a priori de la territorialidad no brinda una solución válida a la exclusión de la posibilidad de aplicación del Derecho Público extranjero<sup>50</sup>.

### 2. Leyes políticas del Estado

La teoría que liga al Derecho Público extranjero a una categoría denominada “leyes políticas” ha sido preconizada especialmente por Arminjón<sup>51</sup> y fue rechazada por el I.D.I.<sup>52</sup>, principalmente porque la teoría no lograba demostrar una diferencia clara entre las leyes políticas y las de orden público.

Las relaciones entre derecho y política son visibles en todas las ramas de cualquier ordenamiento jurídico<sup>53</sup>. El interés político que inspira cualquier norma de Derecho Interno, sea pública o privada<sup>54</sup>, no implica reducir desde ese dato la posibilidad de aplicación del Derecho extranjero como un todo.

### 3. Teoría de los intereses

Esta teoría fue plasmada inicialmente en Suiza desde lo jurisprudencial, en el caso “Ammon c/ Royal Dutch”<sup>55</sup> y posteriormente en Alemania en el fallo “Völlert”<sup>56</sup>. Ambos fallos se asientan en que no posee fundamento la negativa a aplicar todo el Derecho Público extranjero y se parte de la distinción de la finalidad que cada ley persigue.

<sup>49</sup> RIGAUX, François, *Droit Public et Droit Privé dans les Relations Internationales*, Paris, ed. Pedone, 1977, 486 págs., pág. 300 y sigs. Y la doctrina allí citada.

<sup>50</sup> *Institut de Droit International – Annuaire*, LALIVE, Pierre, “L’application du droit public étranger – Rapport définitif et projets de résolutions”, ob. cit., pág. 275, donde se dijo: “El pretendido principio de la inaplicabilidad a priori del Derecho Público extranjero, así como el de su absoluta territorialidad, principio invocado, si no aplicado por la jurisprudencia y la doctrina de varios países: a) No está fundado en una razón teórica o práctica válida. b) Hace frecuentemente a un doble empleo con los principios del orden público. c) Es susceptible de entrañar resultados poco deseables y poco conformes a las exigencias actuales de la colaboración internacional”. Traducción libre del autor. Y ver la explicación y doctrinas citadas desde la pág. 222 y sigs.

<sup>51</sup> ARMINJÓN, Pierre, “Les lois politiques en Droit international privé”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, Vol. 1929, pág. 385 y sigs.

<sup>52</sup> MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, “La reunión del Instituto de Derecho Internacional en Aix-Provence”, *R.E.D.I.*, N° VIII, 1955, pág. 263 y sigs. *Institut de Droit International – Annuaire*, LALIVE, Pierre, “L’application du droit public étranger – Rapport définitif et projets de résolutions”, ob. cit., pág. 225 y sigs.

<sup>53</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Derecho y política*, Buenos Aires, ed. Depalma, 1976, 158 págs.

<sup>54</sup> Sobre el análisis de los intereses del Estado en el Derecho Internacional Privado y los aspectos políticos, puede verse: PÉREZ VERA, Elisa, *Intereses del tráfico jurídico externo y Derecho Internacional Privado*, Granada, ed. Universidad de Granada, 1973, 140 págs., pág. 40 y sigs.

<sup>55</sup> Sentencia del Tribunal Federal Suizo, del 2 de febrero de 1954, *A.S.D.I.*, Tomo XII, 1955, pág. 279 y sigs.

<sup>56</sup> Sentencia dictada por el Bundesgerichtshof, del 17 de diciembre de 1959, *Rev. crit. dr. int. pr.*, Vol. 1961.

Establece uno de los párrafos de la sentencia alemana con el fin de negar eficacia extraterritorial a las normas de la República Democrática de Alemania: “La situación jurídica debe no obstante ser apreciada diferentemente si una restricción de Derecho Público del poder de disposición sirve no para armonizar los intereses de Derecho Privado dignos de protección, sino para realizar los objetivos económicos o políticos del Estado que ha dictado las restricciones de que se trata”.

En cierto sentido, y así lo decimos ya que se plasma dentro de las cláusulas generales de orden público<sup>57</sup>, y porque parte de aquel que brinda la información y no del que la aplica, la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero habla de la teoría de los intereses cuando dice en el Artículo 10: “Los Estados parte no estarán obligados a responder las consultas de otro Estado parte cuando los intereses de dichos Estados estuvieren afectados por la cuestión que diere origen a la petición de información o cuando la respuesta pudiese afectar su seguridad o soberanía”.

#### 4. Naturaleza directa de las normas de Derecho Público

Esta postura consideramos que posee su anclaje primigenio en la antigua concepción de que la norma de Derecho Internacional Privado necesariamente debe ser indirecta y que las normas de Derecho Público, al no poseer tales, no tienen conflicto de leyes<sup>58</sup>.

Uno de los primeros que refutó esta posición fue Niboyet<sup>59</sup>, en el famoso curso que impartió en la Academia de la Haya. Entre la doctrina italiana nos parece importante destacar a Badiali, al establecer que el Derecho Público extranjero se aplica en una pequeña parte, pero lo no aplicado no es en razón de su naturaleza, sino por no ser llamado por las normas de conflicto de otro Estado y por lo tanto podría ser aplicado extraterritorialmente en su totalidad<sup>60</sup>.

También hace tiempo ya, esta postura fue criticada por Zweigert<sup>61</sup> y establecía que por un lado no hay un obstáculo *per se* de no aplicar el Derecho Público extranje-

<sup>57</sup> De hecho, lo rechaza la resolución A Art. III del IDI del 11 de agosto de 1975. *Institut de Droit International – Annuaire*, LALIVE, Pierre, “L’application du droit public étranger – Rapport définitif et projets de résolutions”, ob. cit., pág. 227.

<sup>58</sup> BATIFFOL, Henri, *Droit International Privé*, 4ª ed., París, ed. Pichon & Durand – Auzias, 1967, 907 págs., pág. 285 y sigs.

<sup>59</sup> NIBOYET, Jean Paul, “Les doubles impositions au point de vue juridique”, *R. des C.*, Vol. 31 (1930-D), págs. 1 a 105, pág. 45 y sigs.

<sup>60</sup> BADIALI, Giorgio, *Ordine pubblico e Diritto straniero*, Milano, ed. Giuffrè, 1963, 337 págs., pág. 105.

<sup>61</sup> ZWEIGERT, Konrad, “Droit International privé et droit public”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, Vol. 1965, págs. 645 a 666, págs. 665 y 666, donde destacamos: “Il est certes parfaitement possible que l’établissement de règles de conflit unilatérales de droit public se fasse dans un esprit de retenue sous l’empire du quel le domaine des lois politiques du pays du législaeur est délimité avec circonspection. Toutefois, la forme unilatérale des règles de conflit évoque irrésistiblement la volonté d’imposer l’intérêt national, que ce soit sur le plan de la politique de puissance ou sur celui de la politique économique. En revanche, la forme bilatérale des règles de conflit, inspirée par la question de savoir quel Etat peut et doit être chargé de régler une situation déterminée, met automatiquement en avant l’idée de la répartition internationale du travail et de la coopération internationale”.

ro y que por razones de cooperación e interés de la humanidad es hora de comenzar a construir un sistema de reglas de conflicto para el Derecho Público.

### 5. Excepción de orden público

Descartados los argumentos o las teorías que quitan a priori la posibilidad de aplicación del Derecho Público extranjero, lo que queda es la excepción de orden público, tomada como conjunto de principios y aplicada a posteriori, tal como debe hacerse con cualquier ley de Derecho Privado extranjero<sup>62</sup>.

Dentro de la excepción de orden público, creemos que es correcto incluir a las normas de policía, aunque somos conscientes de que gran parte de la doctrina les atribuye una naturaleza diferente; sin embargo, a la hora de resolver, se dirá que determinada norma de policía impide la aplicación de la norma de Derecho Público extranjero<sup>63</sup>.

### 6. Situaciones donde existe claridad y consenso en el rechazo

#### a) Legislación en violación del Derecho Internacional

Dentro de este ámbito estarían las leyes de un Estado que violan ya sea el Derecho Internacional general o los Tratados a los que esta nación pertenece<sup>64</sup>.

Puede decirse que en ciertas situaciones, como por ejemplo la protección internacional de derechos adquiridos por los extranjeros, en especial cuando hablamos de propiedad - expropiaciones, la postura de la competencia exclusiva del Estado en su territorio y su reconocimiento por el resto de la comunidad internacional ha sido abandonada por aquella que dice que el Derecho Internacional limita esa competencia ante derechos adquiridos por un extranjero<sup>65</sup>; sobre esto volveremos más adelante.

<sup>62</sup> GOLDSCHMIDT, Werner, "El orden público internacional (O.P.I.) en el Derecho Internacional Privado (DIPr.)", *ED*, Tomo 109, págs. 889 a 894. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Meditaciones trialistas sobre el orden público", *JA*, Tomo 1977-II, pág. 711 y sigs.

<sup>63</sup> STRUYCKEN, Antoon V. M., *Co-ordination and co-operation in respectful disagreement.*, ob. cit., págs. 406 a 436.

<sup>64</sup> Cf. Arts. 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados. Ver: DE LA GUARDIA, Ernesto, *Derecho de los Tratados Internacionales*, Buenos Aires, ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 1997, 565 págs., pág. 74 y sigs.

<sup>65</sup> Desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos ver: Corte IDH. Caso "Salvador Chiriboga / Ecuador". Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia del 6 de mayo de 2008. Serie C N° 179 y la jurisprudencia allí citada. Y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en internet: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=64022376&skin=hudoc-fr&action=request>, 27-12-2010. Pueden verse los fallos del Tribunal Permanente de Justicia Internacional en los casos: "Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol. Espagne / Royaume-Uni. La Haye, 1<sup>er</sup> mai 1925", *R. des S.*, Tomo II, págs. 615 a 742, pág. 647, donde Max Huber dice claramente que un extranjero no puede ser privado de su propiedad sin justa indemnización; y: "Affaire Goldenberg. Allemagne / Roumanie. Lausanne, 27 septembre 1928", *R. des S.*, Tomo II, págs. 901 a 910, pág. 909, donde el árbitro Fazy declara que los derechos adquiridos por los extranjeros forman parte del derecho de gentes. Ambos en internet: [http://untreaty.un.org/cod/riiaa/vol\\_II.htm](http://untreaty.un.org/cod/riiaa/vol_II.htm), 20-9-2010.

## b) Violación de los Derechos Humanos

La violación de los Derechos Humanos básicos o los derechos fundamentales de un Estado genera la consecuencia de la inaplicabilidad de la norma de Derecho extranjero.

Lo difícil en esto es establecer los alcances, dado que en esta materia se puede considerar una amplia franja de “zonas grises”. Por ejemplo, si existe una norma que en caso de ser aplicada, por clara exégesis e interpretación jurisprudencial, estuviese violando el sistema interamericano de Derechos Humanos al que pertenecemos, devendría obviamente en inaplicable. Pero si en cambio hablamos de una norma que pertenece a nuestro ámbito interno y no internacional de los Derechos Humanos, podría ser aplicable sin problemas, en especial si establece un mayor estándar.

## c) Confiscaciones

Las confiscaciones poseen carácter penal y por ello, en su origen, en cuanto a su aplicabilidad extraterritorial se encuentran ligadas al principio general de la territorialidad del Derecho Penal y no suelen ser acatadas en el extranjero. Las etapas posrevolucionarias norteamericanas y latinoamericanas generaron su no reconocimiento y rechazo en las cortes europeas, en especial en Inglaterra<sup>66</sup>.

Una distinción que en esta materia debe hacerse es si el gobierno ha sido reconocido o no. El no reconocimiento de un gobierno revolucionario posee una gravitación política que trasciende el plano jurídico privado y trae aparejado el no acatamiento de sus decisiones en esta materia, entre otras, en el extranjero<sup>67</sup>.

En general, la diferencia con las expropiaciones es que la confiscación no está sujeta a compensación.

Partimos de la base de que el Artículo 17 de la CN establece la prohibición de esta figura jurídica<sup>68</sup>, que a su vez posee su concordante en la CADH, inserta en el bloque de constitucionalidad<sup>69</sup> del Artículo 75 inc. 22 de la CN.

La Argentina ha realizado una reserva al Artículo 21 del Pacto de San José,

<sup>66</sup> BAADE, Hans W., “Operation of foreign Public Law”, ob. cit., pág. 12, donde se dice: “As early as 1790, the English courts announced ‘the general principle that the penal law of one country cannot be taken notice of in another’. (‘Penal’, as there used, referred to an act of confiscation of Loyalist property, pleaded in defense of nonpayment of a New York note executed before the American revolution). Later, this rule would serve to prevent enforcement in England, of post – revolutionary confiscations of the properties of a Paraguay an dictator and King of Spain. Expanded to include ‘revenue’ laws as well, it would routinely block the efforts (however meritorius) of foreign countries to collect delinquent taxes from absconding taxpayers”.

<sup>67</sup> RIGAUX, François, *Droit Public et Droit Privé dans les Relations Internationales*, ob. cit., pág. 78.

<sup>68</sup> Recordamos lo que establece la norma: “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Artículo 4°. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie”.

<sup>69</sup> MANILI, Pablo Luis, *El bloque de constitucionalidad – La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, ed. La Ley, 2003, 377 págs.

referente a la propiedad privada<sup>70</sup>, la cual reza lo siguiente: “El gobierno argentino establece que no quedarán sujetas a revisión de un Tribunal Internacional cuestiones inherentes a la política económica de gobierno. Tampoco considerará revisable lo que los Tribunales Nacionales determinen como causas de ‘utilidad pública’ e ‘interés social’, y ni lo que éstos entiendan por ‘indemnización justa’”.

De esta forma, por ejemplo, todas las medidas adoptadas durante el default<sup>71</sup> del año 2001, si en algún punto pudiesen haber implicado confiscaciones debidas a la indisponibilidad de los depósitos, no pueden estar sujetas a la revisión de la Corte IDH dada la literalidad de la reserva transcrita *ut supra*.

Como antecedente anterior y reafirmando lo que venimos diciendo, es dable citar que la Comisión IDH rechazó denuncias realizadas contra resoluciones adoptadas por el Banco Central de la República Argentina en 1990 en el marco de la Ley de Emergencia N° 23.696<sup>72</sup>. Esta reserva ha recibido críticas por parte de la doctrina argentina<sup>73</sup>.

#### d) Expropiaciones

El campo de las expropiaciones suele girar en torno a los derechos reales o a cosas muebles corporales que se encuentran dentro del Estado, con lo cual los supuestos son a nuestro criterio reducidos; en este campo posiblemente las posibilidades de fenómenos de exportación sean los créditos, bonos o los activos financieros.

En este punto partimos de la base de todo lo dicho anteriormente sobre confiscaciones<sup>74</sup>. A ello nos parece interesante agregar la mención de ciertos instrumentos internacionales<sup>75</sup> como: a) La *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados* (aprobada por Resolución 3281 [XXIX] de la Asamblea General en diciembre de 1974), donde se destaca el Artículo 1.2 cuando dice: “Todo Estado tiene el derecho de: a) Reglamentar y ejercer autoridad sobre las inversiones extranjeras [...] y las actividades de empresas transnacionales que operen dentro de su jurisdicción nacional [...]; c) Nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros,

<sup>70</sup> Establece el Art. 21 de la CADH: “Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”.

<sup>71</sup> Sobre las amplísimas referencias normativas de este período, puede verse: ELESPE, Duglar R. (director), *Default y reestructuración de la deuda externa*, Buenos Aires, ed. La Ley, 2003, 236 págs.

<sup>72</sup> Comisión IDH, Informe N° 40/06, Petición 11.214, “Pedro Velásquez Ibarra, Argentina, Inadmisibilidad”, del 15 de marzo de 2006, donde entre otras cosas se dijo: “[...] en el presente caso, las alegaciones del peticionario respecto de la legitimidad de las medidas de control económico adoptadas por el Estado constituirían cuestiones relacionadas a la política económica del gobierno, y se encajarían en el alcance de la reserva”.

<sup>73</sup> TRUCCO, Marcelo, “Protección internacional de los Derechos Humanos en el sistema interamericano”, en *Temas de Derecho Internacional Público*, Rosario, ed. Zeus, 2011, en prensa.

<sup>74</sup> Realizar un análisis detallado de la normativa en la materia, principalmente desde la Ley N° 21.499, excedería el marco de este trabajo. Ver: BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, 2ª reimp., Buenos Aires, ed. Ediar, 2001, Tomo I, pág. 338 y sigs.

<sup>75</sup> Sobre el desarrollo en extenso de los instrumentos internacionales en esta materia ver: MURILLO, Jorge, “Derecho Internacional Económico. Una aproximación sistémica”, en *Temas de Derecho Internacional Público*, ob. cit.

en cuyo caso el Estado que adopte esas medidas deberá pagar una compensación apropiada [...]”.

Los riesgos de los cambios de gobiernos y de decisiones en expropiaciones, guerras y disturbios civiles, restricciones a transferencias de divisas, rupturas contractuales por parte de los Estados se contrarrestan con los sistemas de garantías contra riesgos no comerciales ofrecidos por ciertas organizaciones como el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI) y con los Tratados Bilaterales de Inversión<sup>76</sup>, los cuales entre otras muchas cosas relacionadas con la igualdad de trato nacional y la protección de las inversiones, pasando por la cláusula de nación más favorecida, resguardan el derecho a recibir una indemnización en caso de medidas de expropiación, incluidas medidas de expropiación indirecta. En caso de conflicto suelen contener cláusulas de arbitraje obligatorio, por ejemplo ante el CIADI<sup>77</sup>, o la posibilidad en general excluyente del inversor extranjero de recurrir a la justicia interna del Estado.

Las expropiaciones en sí pueden ser reconocidas si no “rebasan las fronteras jurídicas”<sup>78</sup>, es decir que ha estado sujeta a compensación, el expropiado tuvo trato nacional, fue realizada por un gobierno reconocido, etc.

#### e) Nacionalizaciones

En este punto también remitimos a lo dicho en los dos epígrafes anteriores y haremos algunas consideraciones.

Por un lado, la negativa a la admisión de estas medidas y la legislación extranjera que la regula se basa en diferentes teorías. De este modo se habla del “estándar mínimo internacional”, consistente básicamente en la obligación de tratar a los extranjeros y la propiedad extranjera en un mínimo objetivo que no necesariamente coincide con el que se le da al nacional, tanto en los Derechos Humanos como en la propiedad, aunque se puede decir que no existe, especialmente en materia de propiedad, un consenso acerca de todo lo que comprende<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> Tal como señala MURILLO, Jorge, “Derecho Internacional Económico. Una aproximación sistémica”, ob. cit.: “Estos últimos, los tratados bilaterales de inversión (TBIs), o también tratados de promoción y protección de inversiones (TPPIs) o acuerdos bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones (ABPIs), son una versión actualizada de los antiguos tratados de amistad, comercio y navegación del siglo XIX celebrado entre dos países, por ejemplo, el de Argentina con Inglaterra de 1825. En la actualidad, hay más de 2000 TBIs celebrados entre Estados industrializados y países en desarrollo, en su mayoría a partir de 1987”.

<sup>77</sup> Sobre la institución ver en internet: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>, 3-1-2011. Y: VICENTE BLANCO, Dámaso Javier, *La libertad del dinero*, Valencia, ed. Germania, 2003, Vol. I, 108 págs. – Vol. II, 177 págs.; del mismo autor: “El primer laudo arbitral en el CIADI ‘sobre el fondo’ relativo a la crisis argentina 2000-2002: el laudo de mayo de 2005 en el caso ‘CMS Gas Transsmision Company c/ República Argentina’”, en: *El derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización: Homenaje al Profesor Miguel Angel Ciuro Caldani*, ALTERINI, Atilio Aníbal (director), Buenos Aires, ed. La Ley, 2005, págs. 635 a 675.

<sup>78</sup> KEGEL, Gerhard, *Derecho Internacional Privado*, BETANCOURT REY, Miguel (trad.), Bogotá, ed. Ediciones Rosaristas, 1982, 734 págs., pág. 670.

<sup>79</sup> MURILLO, Jorge, “Derecho Internacional Económico. Una aproximación sistémica”, ob. cit., nos explica: “Los orígenes de esta posición pueden rastrearse en el siglo XIX cuando los Estados imperiales

Es decir que partimos del respeto de los derechos adquiridos y su relación con la nacionalización o expropiación, donde generalmente los países exportadores de capital reclaman una indemnización integral y los receptores de inversión intentan poner límites.

En un extremo los derechos adquiridos por parte del extranjero implicarían la prohibición de las nacionalizaciones; así en el Caso de la Usina de Chorzow<sup>80</sup>, ocurrido entre Alemania y Polonia, en la cual este último Estado en violación de un Tratado había expropiado un establecimiento industrial, ante lo cual la CPJI dijo que siempre debe haber reparación mediante el pago de un justo precio, pero si además el acto es ilícito como en este caso, por ser violatorio de un tratado, debe ser el bien restituido<sup>81</sup>. No creemos que pueda ser considerada costumbre del Derecho Internacional, y los laudos arbitrales de los casos “Texaco” y “Liamco” confirman que por cuestiones de soberanía, ante nacionalizaciones no corresponde la restitución, sino la justa compensación<sup>82</sup>.

Las doctrinas latinoamericanas poseen otras posturas, así se puede mencionar la “cláusula Calvo”, que otorga el derecho base de nacionalizar o expropiar siempre que se otorgue una justa compensación, resolviéndose las controversias primero por los Tribunales Nacionales sin solicitar intervención diplomática<sup>83</sup>, o la “doctrina Drago”, que prohíbe el cobro compulsivo de las deudas.

También tenemos la “doctrina de la comunidad de fortuna”, la cual: “[...] fue formulada hacia 1922 por el jurista Luis A. Podestá Costa. Según la misma, cuando un extranjero decide invertir en otro país, lo hace libremente, sabiendo cuáles son las ventajas y los inconvenientes previsibles, sus perspectivas de éxito o fracaso están relacionadas con las del país en que realizará su actividad; evaluación que es

---

buscaban dar protección a sus nacionales y sus inversiones en los territorios coloniales. Básicamente, el estándar era el trato que solían otorgarse en sus relaciones las potencias coloniales, autodenominadas Estados ‘civilizados’. Lógicamente, el estándar mínimo internacional no tiene discusión en el tema de derechos humanos desde la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los demás instrumentos internacionales fundamentales en la materia. Sin embargo, en lo referente a inversiones no hay consenso definitivo, al menos, en lo que se conoce como el estándar tradicional (europeo occidental y norteamericano)”.

<sup>80</sup> C.P.J.I., *Collection of Judgements*, N° 13 – Chorzow Factory (Merits) september 13th, 1928, Serie A, Leyden A.W. Sijthoff’s publishing company, 1928; en internet : [http://www.icj-cij.org/pcij/serie\\_A/A\\_17/54\\_Usine\\_de\\_Chorzow\\_Fond\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf), 4-1-2011.

<sup>81</sup> En estas posturas la más radical es la de la “full compensation”, elaborada por el Secretario de Estado de Estados Unidos, Cordell Hull, con motivo de las nacionalizaciones petroleras que realizara México en 1936, aclarando también que no distingue entre expropiación y nacionalización.

<sup>82</sup> Ver: “Texaco Overseas Petroleum Co. y California Asiatic Oil Co. c/ República Árabe Libia”, 17 ILM 1 (1978) y “Libya American Oil Company (LIAMCO) c/ República Árabe Libia”, 20 ILM 1 (1981).

<sup>83</sup> La doctrina Calvo se encuentra receptada en la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados de Naciones Unidas, cuyo Artículo 2° c) dice: “Todo Estado tiene el derecho de: [...] nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros, en cuyo caso el Estado que adopte esas medidas deberá pagar una compensación apropiada, teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que el Estado considere pertinentes” y, enseguida aclara: “[...] en cualquier caso en que la cuestión de la compensación sea motivo de controversia, ésta será resuelta conforme a la ley nacional del Estado que nacionaliza y por sus tribunales, a menos que todos los Estados interesados acuerden libre y mutuamente que se recurra a otros medios pacíficos sobre la base de la igualdad soberana de los Estados, y de acuerdo con el principio de libre elección de los medios”.

previa a decidir su inversión. Por lo tanto, participa de las alternativas materiales y morales del medio en que ha decidido actuar y, como los demás habitantes de ese medio, puede gozar de los beneficios que ellos gozan pero no puede sustraerse a los males que padecen. Se constituye así un pacto tácito entre el Estado y el extranjero, una relación de convivencia, que crea un vínculo de recíproca solidaridad, una verdadera ‘comunidad de fortuna’<sup>84</sup>.

Es decir, que ante las hipótesis de nacionalización, si se dan parámetros de legitimidad, donde se han cumplido con las garantías de un Estado de Derecho<sup>85</sup>, no puede decirse que de plano deba ser rechazada la aplicación del Derecho Público extranjero.

### ***B. Modalidades de aplicación del Derecho Público extranjero***

Existe una vía de hecho<sup>86</sup> o de cumplimiento espontáneo, que se da por ejemplo cuando un escribano califica y controla la capacidad de las personas; y de las que poseen domicilio en el extranjero, será aquella ley la que rijan y aquí en nada se discrimina si esas leyes poseen carácter público o privado<sup>87</sup>.

Fuera de lo señalado, deberá verse en la conexión y lo conectado.

#### *1. Derecho Público extranjero en la definición del punto de contacto*

Un supuesto típico es estar ante la situación donde el punto de contacto para poder llegar al derecho aplicable es la nacionalidad, que poco ocurre en el Derecho Argentino, por no ser la nacionalidad punto de contacto, excepto que a ella se arribe por reenvío. Cuando este supuesto ocurre, a todas luces, las leyes sobre nacionalidad extranjeras son de Derecho Público.

Es por esto también que si bien conocida es la regla de que el modo más justo de realizar las calificaciones es aplicar la *lex fori* al punto de contacto y la *lex causae* a lo

<sup>84</sup> MURILLO, Jorge, “Derecho Internacional Económico. Una aproximación sistémica”, ob. cit. Y ver la doctrina allí citada.

<sup>85</sup> Como parámetro de justicia podemos citar la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados (AG Res. 3281 [XXIX] de 1974) cuanto en la Resolución sobre la Soberanía permanente sobre los recursos naturales (AG Res. 1803 [XVII] de 1962), entre otras disposiciones, establece: “4. La nacionalización, la expropiación o la requisición deberán fundarse en razones o motivos de utilidad pública, de seguridad o de interés nacional, los cuales se reconocen como superiores al mero interés particular o privado, tanto nacional como extranjero. En estos casos se pagará al dueño la indemnización correspondiente, con arreglo a las normas en vigor en el Estado que adopte estas medidas en ejercicio de su soberanía y en conformidad con el Derecho Internacional. En cualquier caso en que la cuestión de la indemnización dé origen a un litigio, debe agotarse la jurisdicción nacional del Estado que adopte esas medidas. No obstante, por acuerdo entre Estados soberanos y otras partes interesadas, el litigio podrá dirimirse por arbitraje o arreglo judicial internacional”.

<sup>86</sup> MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *El Derecho Público extranjero en el tráfico privado internacional*, ob. cit., pág. 276.

<sup>87</sup> Desde el ámbito interno, baste con poner como ejemplos los Arts. 6°, 7°, 948 y 949 del Cód. Civ., o los 138 y 139 del mismo cuerpo normativo.

conectado, resulta que si bien la *lex fori* decide quién es nacional o extranjero, es la *lex causae* la que definirá si efectivamente es considerado nacional de ese país o de otro.

A su vez en los sistemas basados en el punto de contacto domiciliar o de la residencia habitual para las personas, como hemos dicho, se puede llegar a la nacionalidad por reenvío y será la ley extranjera la que necesariamente calificará quién es nacional suyo a los efectos de llegar al derecho aplicable.

Así las cosas, hemos de decir que nada más *ius publicista* y de competencia dentro del dominio reservado<sup>88</sup> del Estado que la atribución de nacionalidad. En estos casos claramente se estará aplicando Derecho Público extranjero.

A partir de esa atribución, el primer efecto directo es que el Estado determina los efectos de su Derecho Público interno sobre sus nacionales y desde el ángulo internacional determina derechos que puede ejercer en terceros Estados, como la protección diplomática.

Por supuesto que este dominio posee sus límites dentro del Derecho de Gentes y cuando es violado contraría el orden público<sup>89</sup>, por ejemplo es inoponible la nacionalidad compulsiva conferida como causa de una ocupación militar<sup>90</sup>.

## 2. Derecho Público extranjero en la norma de Derecho Privado declarada aplicable

Una vez que se ha arribado al Derecho extranjero declarado aplicable por la norma indirecta, debe analizarse si esa referencia es solo al Derecho Privado o al ordenamiento jurídico extranjero tomado como un todo.

En cierto sentido es similar a cuando se analiza la problemática base del reenvío y nos planteamos si el Derecho Internacional Privado del Estado extranjero forma parte del Derecho Privado o no; nosotros creemos que sí<sup>91</sup>.

Como se verá en los siguientes párrafos, ciertas posturas doctrinarias favorables a la aplicación del Derecho Público extranjero hablan de una “toma en consideración”<sup>92</sup>.

<sup>88</sup> La inclusión de la atribución de la nacionalidad dentro del dominio reservado de Estado fue declarada inicialmente por la C.P.J.I, en la Opinión Consultiva N° 4, Recueil, Serie B, pág. 24, que trataba sobre si eran aplicables decretos de nacionalidad franceses a ciudadanos británicos, en los territorios de Marruecos y Túnez, dentro del período de Sociedad de las Naciones. Posteriormente fue confirmado por la C.I.J. en el caso “Nottebohm”, sentencia del 8 de abril de 1955, “Liechtenstein c/ Guatemala”, Recueil, 1955, pág. 5 y sigs., en especial la pág. 20, donde a su vez recordamos que se sienta el principio de la nacionalidad real y efectiva en los casos de doble nacionalidad y como condición.

<sup>89</sup> Por ejemplo, si se consintiesen situaciones de apatridia. En este sentido recordamos la Convención Sobre el Estatuto de los Apátridas, dentro del marco de la ONU, dada en Nueva York en 1954; en internet: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0006.pdf>, 17-11-2010 y la Convención para Reducir los Casos de Apatridia, dentro del marco de la ONU, dada en Nueva York en 1961; en internet: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0007.pdf>, 17-11-2010. De la cual solamente la Argentina es parte de la primera.

<sup>90</sup> Ejemplo histórico de esta situación lo encontramos en la ordenanza alemana del 23 de agosto de 1942, que procedió a la naturalización compulsiva de ciudadanos de los territorios de Alsacia – Lorena y Luxemburgo y que posteriormente fue declarada nula.

<sup>91</sup> SOTO, Alfredo Mario, *Derecho Internacional Privado: la importación del Derecho extranjero*, Buenos Aires, ed. Ciudad Argentina, 2001, 263 págs.

<sup>92</sup> ESPINAR VICENTE, José María, *Tratado elemental de Derecho Internacional Privado*, Madrid,

Creemos que el Derecho extranjero debe ser tomado como un todo sistémico<sup>93</sup>, donde si el juez extranjero ante ese caso tuviera en cuenta las normas de Derecho Público y las aplicara junto a las de Derecho Privado, el nacional también debe hacerlo.

Entonces no es que se está considerando, sino que lisa y llanamente se está aplicando, lo contrario podría llevar a distorsiones, donde todo termina en un mosaico o “derecho a la carta”, donde en definitiva, es preferible, por una cuestión de equilibrio también sistémico, el aplicar directamente el Derecho Nacional. Desde la doctrina del uso jurídico, la mera toma en consideración no imita y si no lo hace, *ab initio* distorsiona<sup>94</sup>.

Cuando en el plano de los contratos, por ejemplo, nos encontramos con prohibiciones a la exportación o con controles de cambio, si no se tiene en cuenta y se toma solamente el Derecho Civil, todos aquellos aspectos sociológicos, políticos y axiológicos que asumen el legislador y el juez extranjero a la hora de hacer la ley o resolver el caso están siendo dejados de lado.

Un contrato argentino incumplido por la crisis posterior al año 2001 y que debe ser resuelto en el extranjero ante un planteo judicial, no debería ordenar por ejemplo el pago en dólares si corresponde la aplicación del Derecho Argentino, sino el 1,4 + CER (Coeficiente de Estabilización de Referencia)<sup>95</sup>.

Desde el punto de vista de la aplicación procesal, interesante es la postura de Bucher y Bonomi<sup>96</sup>, con la que coincidimos, que parte de la aplicación de oficio del Derecho extranjero por parte del juez y la superación en la actualidad, en el *iura novit curia*, de la dificultad en el acceso a la ley extranjera. Entonces, la plena apli-

---

ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, 2008, 725 págs., pág. 59 y sigs. Donde puede verse la distinción entre: aplicar, tomar en consideración y dar efecto.

<sup>93</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Historia, Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado”, Disertación en la inauguración del Instituto de Derecho Internacional Privado del Colegio de Abogados de Rosario, 14 de marzo de 2008, inédito. También del mismo autor puede consultarse, entre otras publicaciones: “Necesidad del sistema jurídico”, en *Segundo Congreso Internacional de Filosofía del Derecho*, Comunicaciones, Buenos Aires, Vol. I, 1987, pág. 87 y sigs. “La vida de la división ‘pentárquica’ del Derecho Civil en la cultura argentina actual”, *JA*, Tomo 2006 – I, págs. 3 a 14; “Complejidad del funcionamiento de las normas”, *LL*, diario del 22 de febrero de 2008, págs. 1 a 6.

<sup>94</sup> MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *El Derecho Público extranjero en el tráfico privado internacional*, ob. cit., donde el famoso profesor español en su trabajo declaraba que la propia Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 24 de octubre de 1970, expresaba que para la coexistencia pacífica de los Estados es necesario cumplir con el: “Principio de amistad y de cooperación entre los pueblos según la Carta de las Naciones Unidas”, uniendo aspectos de Derecho Internacional Público con los de Privado, en especial dice en la pág. 255: “[...] la aplicación del derecho extranjero no puede hacerse a espaldas de la realidad del hecho de que éste constituye una unidad integrada de elementos privados y públicos, lo que supone un cierto falseamiento del Derecho que la regla de conflicto declara aplicable como el aislamiento entre unos y otros, para aplicar las reglas de carácter privado, abstracción hecha de las disposiciones de Derecho Público que las enmarca en el país de origen”.

<sup>95</sup> Sobre estudios generales en esta temática, aunque anterior a la crisis Argentina de 2001, puede verse como marco doctrinario general: BOGGIANO, Antonio, *Obligaciones en moneda extranjera: Estudios de Derecho Privado comparado y Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, ed. Depalma, 1987, 142 págs. La jurisprudencia es innumerable y puede consultarse en internet: [www.csj.gov.ar](http://www.csj.gov.ar), 5-1-2011.

<sup>96</sup> BUCHER, Andreas – BONOMI, Andrea, *Droit international privé*, Munich, ed. Helbing & Lichtenhahn, 2001, 356 págs., pág. 119.

cación de la ley extranjera requiere también la oficiosidad en el conocimiento del Derecho Público extranjero.

### 3. Normas de Derecho Público de un tercer Estado

Las concepciones más modernas del Derecho Internacional Privado admiten la necesidad de tener en cuenta las normas imperativas de terceros países<sup>97</sup> e incluso desde antes de ser planteado por la doctrina, la jurisprudencia ya se había ocupado del tema<sup>98</sup>.

Normativamente se encuentra plasmado en el Artículo VIII 2 b) del Estatuto del Fondo Monetario Internacional, que establece: “Los contratos de cambio que, afectando la moneda de un miembro, fueran contrarios a las normas sobre control de cambios de dicho miembro mantenidas o establecidas de conformidad con este Convenio, no tendrán fuerza de obligar en los territorios de ningún miembro. Además, los miembros podrán, por mutuo acuerdo, cooperar en la adopción de medidas destinadas a hacer más efectivas las normas sobre control de cambios de cualquiera de ellos, siempre que dichas medidas y normas sean compatibles con este Convenio”.

El resultado de esta norma es que no se puede dar ejecución a contratos, cuyas normas resultan contrarias a la legislación de un miembro del FMI. Dentro del Derecho Comunitario europeo también nos encontramos con el Artículo 7.1, con una norma más general que incluye dentro de las imperativas las referentes a controles de cambio y establece: “1. Al aplicar, en virtud del presente Convenio, la ley de un país determinado, podrá darse efecto a las Disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación presente un vínculo estrecho, si y en la medida en que tales disposiciones, según el derecho de este último país, son aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato. Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación. 2. Las disposiciones del presente Convenio no podrán afectar la aplicación de las normas de la ley del país del Juez que rijan imperativamente la situación, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato”. La interpretación y aplicación de esta cláusula toca la aplicación de las normas de policía extranjeras. Sobre ellas cabe una primera salvedad, pueden ser de Derecho Público o no, e independientemente de esto, es claro que son normas de carácter internacional que cambian la tradicional metodología del conflicto de leyes o método indirecto. Al final, lo que queremos decir, sosteniéndonos en Struycken y la jurisprudencia citada en su trabajo<sup>99</sup>, es que el Artículo 7º del

<sup>97</sup> BATIFFOL, Henri – LAGARDE, Paul, *Droit International Privé*, 7ª ed., Paris, ed. L.G.D.J., 1981, 448 págs., pág. 277.

<sup>98</sup> Ver jurisprudencia citada en: MORRIS, John H. C., *Cases on Private International Law*, Oxford, ed. Oxford University Press, 1968, 531 págs., págs. 292 a 294. Y: GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D - FERNÁNDEZ ROZAS, Juan C., *Derecho Internacional Privado. Materiales de Prácticas*, Madrid, ed. Tecnos, 1986, págs. 378 y 379.

<sup>99</sup> STRUYCKEN, Antoon V. M., *Co-ordination and co-operation in respectful disagreement*, ob. cit., pág. 423 y sigs.

Convenio de Roma genera una conexión con las normas de policía extranjeras, que en muchos casos son de Derecho Público y deben ser aplicadas.

Nosotros a su vez creemos que las normas de policía y en especial las de naturaleza pública, que es lo que venimos tratando, forman parte del Derecho conectado.

#### *4. Rechazo de las normas de ius imperii del Estado extranjero*

El tratamiento de este punto específico ha sido desarrollado por Mann<sup>100</sup> y parte de la base de que la norma de ius imperii del Estado extranjero no es aplicable si contraría las normas de policía del foro local y a la misma conclusión arriba Lalive<sup>101</sup>, colocando a la norma de ius imperii como un punto donde la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado llega a un problema insoluble. Es más, dentro del ius imperii incluye no solo las decisiones que pueden resultar extremas, como una requisición de guerra, sino también el reclamo de impuestos o de contribuciones a la seguridad social.

Sobre este punto, Pérez Beviá, tomando doctrinas alemanas, concluye que la inaplicación de normas basadas en actos de imperio de un Estado extranjero: “[...] no es la supuesta territorialidad ni la falta de reglas de conflicto que impongan la tramitación y resolución de aquellas pretensiones, sino la falta de interés de los órganos judiciales de un Estado en cooperar a los deseos de los otros, cooperación que no es imposible siempre que se establezca en aquellas materias limítrofes entre el Derecho Público y Privado”<sup>102</sup>.

El horizonte negativo de la aplicación del Derecho Público extranjero, en particular ante pretensiones de organismos públicos o autoridades, pero no necesariamente limitados o acotados a ellos, se encuentra en especial en materia de expropiaciones, confiscaciones, nacionalizaciones y el derecho de la libre competencia.

Pensamos que este tipo de situaciones lo que generan es un obstáculo a veces convencional, dado que estas normas no suelen estar en consonancia con la OMC o el Derecho de la Integración para los Estados que forman parte de este tipo de organizaciones y espacios y ante esto el Derecho Convencional prima y en otras circunstancias opera el orden público. Normalmente este tipo de normas afectan cláusulas de orden constitucional, cuando no los sistemas de protección de los Derechos Humanos. Tal como más arriba hemos explicado en su momento, donde también hemos referido a que dentro del ámbito del Derecho Internacional Público se reconoce el derecho de los pueblos a disponer de sus riquezas y recursos naturales por causa de utilidad pública o interés social, en la medida en que se repare la pérdida de la propiedad privada mediante la indemnización correspondiente.

<sup>100</sup> MANN, F. A., “Conflict of Laws and Public Law”, *R. des. C.*, Tomo 132, 1971 – I, págs. 107 a 196, págs. 132 y 145 y sigs.

<sup>101</sup> *Institut de Droit International – Annuaire*, LALIVE, Pierre, “L’application du droit public étranger – Rapport définitif et projets de résolutions”, ob. cit., pág. 249.

<sup>102</sup> PÉREZ BEVIÁ, José Antonio, *La aplicación del Derecho Público extranjero*, ob. cit., pág. 118.

5. *Doctrina del acto de Estado*

La doctrina del acto de Estado posee la característica de ser una decisión que toma un Estado extranjero, en la esfera de su competencia, cuyos efectos se cumplirán dentro de su territorio y está motivada en intereses públicos<sup>103</sup>. Tal como explica Rigaux<sup>104</sup>, el acto de Estado es un acto de gobierno y no un simple acto público.

El acto de Estado *per se* no es ilegítimo y sus condiciones ya han sido analizadas cuando tratamos las nacionalizaciones, confiscaciones y expropiaciones.

6. *El Derecho Público extranjero en sus diferentes ramas*

a) Derecho Procesal extranjero en el foro local

El Derecho Procesal es Derecho Público; luego, si en la cooperación jurisdiccional internacional, el juez local aplica Derecho Procesal extranjero, está aplicando Derecho Público extranjero.

Cuando en materia de exequátur, nos encontramos por ejemplo con el Artículo 517 inc. 3), que nos dice: “Que la sentencia reúna los requisitos necesarios para ser considerada como tal en el lugar en que hubiere sido dictada [...]”, obliga a una aplicación del Derecho Público extranjero, no solo en sus aspectos meramente formales, sino de firmeza.

En cuanto a la ley aplicable al proceso el imperio de la *lex fori* no es absoluto<sup>105</sup>, porque existe en el proceso cierto ámbito donde se aplica la *lex causae*, como la capacidad para ser parte procesal y la capacidad para otorgar el poder de representación se rige por la ley personal y las cuestiones conectadas con el fondo del asunto, como la legitimación y el objeto y carga de la prueba. A su vez hay también excepciones a la aplicación de la *lex fori* en la cooperación jurisdiccional internacional, que se derivan del ámbito convencional<sup>106</sup>.

La razón de ser de las excepciones a la aplicación de la *lex fori* estriba en la concepción tripartita del Derecho Internacional Privado; los problemas no solo giran en torno al derecho aplicable, sino también en torno a los conflictos de jurisdicciones y de reconocimiento y ejecución de sentencias y decisiones, al cual se suma la Cooperación Jurisdiccional Internacional de Primer y Segundo Grado en el desarro-

<sup>103</sup> Como ejemplo normativo puede citarse la sección 41 del Restatement (second) Foreign Relations Law of The United States, que dice: “[...] an act of a foreign state by which that state has exercised its jurisdiction to give effect to its public interests”.

<sup>104</sup> RIGAUX, François, *Droit Public et Droit Privé dans les Relations Internationales*, ob. cit., pág. 228.

<sup>105</sup> FEUILLADE, Milton C., “Ley que rige el proceso en casos iusprivatistas internacionales”, *LL*, diario del 28-8-2008, págs. 1 a 6.

<sup>106</sup> Citamos como ejemplo: el Art. 14 de la Convención de la Haya de 1954 Sobre Procedimiento Civil, el Art. 5° b) de la Convención de la Haya de 1965 Sobre Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil y Comercial, el Art. 9° de la CIDIP I de Panamá de 1975 Sobre Exhortos y Cartas Rogatorias, el Art. 9° de la Convención de la Haya de 1970 Sobre Obtención de Pruebas en el Extranjero y el Art. 2° de los Tratados de Derecho Procesal de Montevideo de 1889/40.

llo del proceso<sup>107</sup>. El caso iusprivatista internacional visto desde una concepción tridimensional, que incluya al Derecho Procesal Internacional como parte integrante y nuclear de la materia, que gravita en la resolución del conflicto, debe incorporar para la correcta y justa solución del caso el problema de adaptación de la norma, la aplicación de la teoría del uso jurídico<sup>108</sup> a los aspectos procesales y, en este sentido, existe una necesidad de excepciones a la aplicación de la *lex fori* para una correcta implementación de esta teoría.

Se ha demostrado que en el caso concreto, en especial en la materia probatoria, la aplicación de una u otra regla de procedimiento puede arrojar diferentes resultados en la resolución del caso<sup>109</sup>. Creemos que el límite del orden público procesal en la aplicación de la *lex processualis causae* estará en el respeto de las garantías procesales de las partes litigantes, vistas como conjunto de principios.

En definitiva, el uso jurídico procesal cuando aplica el Derecho Procesal extranjero, o las formalidades adicionales solicitadas, es lisa y llanamente aplicación del Derecho Público extranjero.

#### b) Competencia judicial internacional

Desde hace tiempo es asumido que la determinación de las reglas de competencia judicial internacional forma parte del “poder del Estado” y de su soberanía<sup>110</sup>. Como jurisprudencia contundente, baste recordar el caso “Lotus”<sup>111</sup>.

Existen a su vez foros exclusivos de competencia judicial internacional que se podría decir que son hoy considerados indiscutidos, como las cuestiones que hagan

<sup>107</sup> FEULLADE, Milton C., “Concepción Normológica de la Problemática Científica de la Cooperación Jurisdiccional Internacional de Primer y Segundo Grado”, *I.D.*, N° 41, págs. 49 a 60.

<sup>108</sup> Plasmado legislativamente en la CIDP II de 1979, sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, en el Art. 2° al decir: “Los jueces y autoridades de los Estados parte estarán obligados a aplicar el Derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada”.

<sup>109</sup> FEULLADE, Milton C., “La prueba en el proceso con elementos extranjeros”, *JA*, Tomo 2008 – IV, págs. 20 a 38.

<sup>110</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Comprensión básica de las tendencias del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo y de la jurisdicción internacional”, *I.D.*, N° 24, Rosario, ed. F.I.J., 1994, págs. 9 a 19. Y del mismo autor: “Filosofía de la jurisdicción. (Con especial referencia a la posible constitución de un Tribunal Judicial en el Mercosur)”, Rosario, ed. F.I.J., 1998, 128 págs. FEULLADE, Milton C., *Competencia Internacional Civil y Comercial – Elementos Judiciales en el Proceso Internacional*, Buenos Aires, ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, 354 págs.

<sup>111</sup> *R. des A.*, serie A, N° 10, 1927, Judgement N° 9. Recordamos que los hechos discurren alrededor de un abordaje producido por el vapor francés “Lotus”, el 2 de agosto de 1926 en alta mar contra otro vapor turco, el *Boz-Kourt*; van a arribar al puerto de Estambul luego de la colisión y el capitán francés es el presunto responsable. El gobierno francés se consideraba agraviado aduciendo usurpación de competencia para juzgar el caso, fundando su derecho en la Convención de Lausana del 24 de julio de 1923 y en el supuesto de que es una regla de derecho internacional la jurisdicción exclusiva de la ley del pabellón para delitos realizados en alta mar, donde intervengan barcos mercantes. El T.P.J.I. rechaza la tesis francesa y establece que la jurisdicción es territorial, por lo que no se puede ejercer soberanía sobre otro territorio, excepto convención en contrario o que exista una regla de derecho internacional común que así lo establezca. Pero de esto no se sigue que un Estado no pueda ejercer jurisdicción en su territorio sobre hechos ocurridos en el extranjero, aunque no se apoyen en una regla de derecho internacional.

## APLICACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO EXTRANJERO

a Derechos Reales, nacionalidad o reclamos fiscales. Distinto será la competencia judicial indirecta y el requisito de control de la jurisdicción internacional<sup>112</sup>.

A su vez, deberá distinguirse la acción civil que posee como conexas una cuestión penal, donde rige la territorialidad.

Lo que es claro a los efectos de este trabajo es la aplicación del Derecho Público extranjero en el reconocimiento de la competencia judicial internacional foránea.

### c) Forma de los actos jurídicos extranjeros

La forma de los actos jurídicos suele ser regida como principio general por el *locus regit actum*<sup>113</sup> y así es como lo establecen en nuestro Derecho Interno los Artículos 12 y 950 del Código Civil; a estas formalidades obligatorias que el Estado impone se las ha denominado “Administración pública del Derecho Privado”<sup>114</sup>. Esta ley que rige la forma es independiente de la que rige el contenido, que a su vez cuando de actos privados se trata juega la autonomía de la voluntad de las partes cuando las leyes lo autorizan.

Toda vez que en el reconocimiento de un acto celebrado en el extranjero, se tienen en cuenta sus formas y solemnidades, no se está haciendo otra cosa que pedirle al juez local que examine el Derecho Público extranjero.

Fuera de las normas generales, baste recordar como ejemplo el Artículo 159 del Código Civil, que otorga validez a las formas extranjeras: “[...] aunque los contratantes hubieren dejado su domicilio para sujetarse a las normas que en él rigen”.

### d) Derecho Público extranjero en los contratos

El antecedente de este punto lo encontramos en la *Joint Resolution* del Congreso de los Estados Unidos del 5 de junio de 1933, donde se establecía la nulidad de las cláusulas oro y valor oro con efecto retroactivo para los contratos pendientes de ejecución y que generó jurisprudencia dispar en las jurisdicciones de diferentes países europeos<sup>115</sup>.

En este punto la cuestión base es que, muchas veces, prohibiciones provenientes de normas surgidas desde la Administración pública y en otras del Congreso mismo, generan situaciones de fuerza mayor para el cumplimiento de contratos en el plano del Comercio Exterior; en ocasiones pueden estar previstas en el contrato mismo o en otros las típicas normas que prohíben la salida de divisas o alteran la

<sup>112</sup> FEUILLADE, Milton C., *La Sentencia Extranjera*, Buenos Aires, ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 2008, 339 págs.

<sup>113</sup> Creemos importante recordar que el Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1889, en su Art. 39, respecto de los instrumentos privados, consagra como ley aplicable a las formas la ley del lugar de cumplimiento.

<sup>114</sup> RIGAUX, François, *Droit Public et Droit Privé dans les Relations Internationales*, ob. cit., pág. 27.

<sup>115</sup> Así, por ejemplo, los tribunales de Austria, sentencia del 26 de noviembre de 1935; de Noruega, sentencia del 8 de diciembre de 1937; de Holanda, sentencia del 11 de febrero de 1938 y de Bélgica, sentencia del 24 de febrero de 1938; consideraron favorablemente su aplicación. En cambio los tribunales alemanes, sentencia del 28 de mayo de 1936, y los franceses, la rechazaron.

política monetaria, así como las que prohíben la exportación de ciertos bienes, incluso los casos extremos de guerra, embargo o bloqueo económico generan la inejecución del contrato.

A contrario de lo establecido en algunas legislaciones comparadas<sup>116</sup>, el Derecho Internacional Privado Argentino no menciona la ley reguladora de las obligaciones como extensiva a los requisitos de la ley de cumplimiento declarada aplicable o aquella que hubiesen designado las partes en la autonomía de la voluntad, en especial si se tiene en cuenta que las reglamentaciones en muchas ocasiones ponen requisitos provenientes del Derecho Administrativo y de carácter eminentemente público. Creemos que a pesar de no estar normado específicamente en nuestro derecho interno, la ley reguladora de las obligaciones forma parte de la ley de cumplimiento.

Es decir que las normas del Derecho Interno, cuando remiten a la ley del lugar del cumplimiento del contrato<sup>117</sup>, calificando como tal a aquella donde se cumple con la prestación más característica<sup>118</sup>, incluyen tanto las normas de Derecho Privado, como las de Derecho Público. Por supuesto que a la misma conclusión se arriba si a esas normas llegamos por haber utilizado las partes la autonomía de la voluntad en la elección del derecho aplicable.

De este modo: “[...] las normas extranjeras de naturaleza pública se aplican indirectamente, esto es, se toman en consideración a través del Derecho Privado aplicable en virtud de una regla de conflicto”<sup>119</sup>.

Entonces, la remisión de la norma indirecta no es a la norma de Derecho Privado sino al Derecho extranjero como un todo, lo cual creemos que es la correcta forma de interpretar el uso jurídico; por lo tanto, no se trata de una consideración indirecta, sino de una aplicación sistémica del Derecho extranjero, tal como lo haría el juez extranjero.

Desde antiguo la jurisprudencia extranjera lo ha considerado de este modo<sup>120</sup>. Este planteo, a su vez, incluye las normas imperativas de la ley extranjera aplicable al contrato, tal como desde hace tiempo lo establece el Derecho Comunitario Europeo<sup>121</sup>.

<sup>116</sup> Por ejemplo el Art. 10.10 del Código Civil español cuando establece: “La ley reguladora de una obligación se extiende a los requisitos del cumplimiento y a las consecuencias del incumplimiento, así como a su extinción. Sin embargo, se aplicará la ley del lugar de cumplimiento a las modalidades de ejecución que requieran intervención judicial o administrativa”.

<sup>117</sup> Cf. Arts. 1209 y 1210 del Cód. Civ.

<sup>118</sup> GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado – Derecho de la tolerancia*, ob. cit., pág. 613 y sigs. y ver jurisprudencia citada desde la pág. 733 y sigs.

<sup>119</sup> PÉREZ BEVÍA, José Antonio, *La aplicación del Derecho Público extranjero*, ob. cit., pág. 95.

<sup>120</sup> Puede tomarse como ejemplo: en la jurisprudencia francesa el caso: “Banque des pays de l’Europe centrale c/ Banque française commerciale et financière”, Paris 1 er. Ch., 26 mars 1936, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1936, pág. 487 y sigs., con comentario de J. P. Niboyet, donde se intentaba ejecutar un contrato, que estaba en contra de las leyes de control de cambio alemanas y era aplicable el derecho alemán. En la jurisprudencia inglesa: “Regazzoni c/ K.C. Sethia”, Ltd., 1958, A.C., 301, donde se intentaba ejecutar un contrato de compraventa de yute, en el que era aplicable el derecho indio, que prohibía la exportación de esta mercadería a Sudáfrica y se aplicó la norma de Derecho Público india.

<sup>121</sup> De este modo puede citarse el Convenio de Roma de 1980, sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, en cuyo Art. 7º establece: “Leyes de Policía. 1. Al aplicar, en virtud del presente Convenio,

Desde nuestro Derecho Interno, tenemos el Artículo 1208 del Código Civil, que establece la nulidad del contrato realizado en la República para violar: “[...] los derechos y las leyes de una nación extranjera”. Se parte de la base de que el contrato no es prohibido en la Argentina, en especial con la integración de la literalidad del Artículo 1207.

Parecería que requiere de por sí la intencionalidad de generar un fraude a la ley, aunque no necesariamente. Haya habido fraude o no, cuando su efecto deba cumplirse en el extranjero y el juez se encuentra con que posee un obstáculo de Derecho Público extranjero, no podrá concederle efectos<sup>122</sup>.

He aquí una norma interna que expresamente ordena la aplicación del Derecho Público extranjero, mucho más allá de su mera consideración.

Sobre esto tenemos la jurisprudencia del caso “Pablo Treviso S.A. y otros c/ Banco Argentino de Comercio”<sup>123</sup>, donde entre otras cosas se dice: “Las partes no pueden derogar las normas de policía o de Derecho Público vigentes en el país extranjero donde el contrato deba cumplirse aunque sea parcialmente. Tales contratos serían ineficaces en la Argentina, donde ‘no tendrían efecto alguno’, si violasen las normas antes citadas del lugar de cumplimiento (Arts. 1208 y su nota y 1210)”, para a su vez decir más adelante en el considerando tercero: “Si había vencido la licencia brasileña de exportación y resultó entonces prohibida la expedición de las mercaderías a la aduana argentina, tal prohibición brasileña despliega efectos territoriales en la Argentina, tornando ineficaz el contrato de compraventa (Art. 1208, Cód. Civ. arg.) [...]”, aunque esto no fue el centro del fallo, consideramos que es una clara aplicación del Derecho Público extranjero como lo es el Derecho Aduanero de Brasil.

También es interesante citar el caso “Ferámico c/ Lital S.A.”<sup>124</sup>, donde se trataba la cuestión del derecho aplicable a una letra de cambio y más allá de que en la dilucidación se aplica el Derecho Argentino, en el considerando séptimo se dijo: “Los límites a respetar en el presente contrato por la autonomía material son, por un lado, los principios de orden público internacional, que hacen al espíritu de la legislación argentina (Art. 14, inc. 2º, Cód. Civ.), y las normas de policía (cf., sobre ellas,

---

la ley de un país determinado, podrá darse efecto a las Disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación presente un vínculo estrecho, si y en la medida en que tales disposiciones, según el derecho de este último país, son aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato. Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación. 2. Las disposiciones del presente Convenio no podrán afectar a la aplicación de las normas de la ley del país del Juez que rijan imperativamente la situación, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato”. En similar sentido tenemos los Arts. 18 y 19 de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado de 1987.

<sup>122</sup> Un interesante antecedente de causa inmoral o ilícita lo encontramos en la jurisprudencia belga en el caso: “Ceulemans c/ John et Barbier”, Comm. Bruxelles, 19 avril 1968, Jur. Comm. Belg., 1968, Tomo IV, pág. 765 y sigs., con comentario de François Rigaux. Donde se determinó que es ilícito y contrario a las buenas costumbres un contrato sometido a la ley belga, realizado en el extranjero y que intentaba violar sus leyes sobre controles de cambios. En el mismo sentido el antecedente del caso: “Constant c/ Lanata”, Cass., 1er. Ch. civ., 18 juin 1969, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1970, pág. 464 y sigs.

<sup>123</sup> Dado por el Juzg. Nac. Com. N° 13, el 31 de agosto de 1976, *ED*, Tomo 77, pág. 426 y sigs. Que trataba sobre un crédito documentario en el que se reclamaba la restitución del pago.

<sup>124</sup> Dado por el Juz. Nac. Com. 13, el 6 de junio de 1977, publicado en: BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, 4ª ed., Buenos Aires, ed. AbeledoPerrot, 2001, Tomo II, pág. 645 y sigs.

ED, 66-767, esp. 788) del Derecho Internacional Privado Argentino, en esta causa, cambiarias; y, por otro lado, las normas de policía extranjeras inderogables en tanto el negocio tenga una conexión económica –por lo general, de ejecución– en dicho país. Estas normas foráneas no pueden derogarse ni evadirse mediante la autonomía material por imperio de nuestro Artículo 1208, Código Civil. He aquí los límites de esta autonomía que no hace del negocio de las partes un ‘contrato sin ley’, pues siempre está sujeto al Derecho Internacional Privado Argentino y al extranjero que se relacione con el negocio (1208, Cód. Civ.). Esta autonomía material, más amplia de la que gozan las partes en negocios internos en los que solo pueden derogarse las normas dispositivas del Derecho Privado, se justifica por las necesidades de mayor libertad y flexibilidad del comercio internacional (Arts. 14 y 67, inc. 12, Const. Nac.)”, en relación directa a lo que hubiese sido la aplicación de normas públicas de Derecho Cambiario extranjero<sup>125</sup>.

#### e) Aspectos de Derecho Público en el Derecho del Trabajo

Asumimos que existe un consenso en la naturaleza sui generis del Derecho del Trabajo entre los aspectos privados y el carácter público de los derechos protegidos<sup>126</sup>, derivada de su carácter tutelar del trabajador como parte débil. De allí sus fuertes componentes iuspublicistas, que parten de la misma CN y su bloque de Tratados incorporados al bloque de Constitucionalidad<sup>127</sup>.

El I.D.I. en su sesión de Wiesbaden de 1975<sup>128</sup>, en el proyecto de Resolución, se mostraba a favor del no acogimiento de las normas extranjeras de carácter público en materia de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social, fuera de lo que dijese los Tratados<sup>129</sup> o la voluntad de reciprocidad.

<sup>125</sup> En similar sentido y en cuanto a los límites impuestos por las normas de policía extranjeras, en el caso “Transportes Marbellini c/ Expofrut”, dado por el Juz. Nac. Com. N° 13, el 29 de julio de 1977, LL, Tomo 1980-B, pág. 375 y sigs., donde entre otras cosas se dijo: “En sus negocios internacionales, las partes están facultadas a convenir las normas materiales que regirán sus relaciones y demás aspectos de los contratos, sin obligación de sujetarse a las normas coactivas de los respectivos derechos privados internos a los cuales el contrato se vincule, pero con sujeción a las normas de policía de derecho internacional privado del país con el cual el contrato tenga una relación económica imprescindible (Art. 1208, Cód. Civ. arg.)”.

<sup>126</sup> RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (director), *Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Buenos Aires, ed. Astrea, 1996, 847 págs., pág. 37.

<sup>127</sup> Cf. Arts. 14 bis y 75 inc. 22 de la CN.

<sup>128</sup> *Institut de Droit International – Annuaire*, LALIVE, Pierre, “L’application du droit public étranger – Rapport définitif et projets de résolutions”, ob. cit., pág. 276, donde concretamente se decía en el proyecto de resolución: “V (ancien VI). 1. Les prétentions fondées par une autorité étrangère ou un organisme public étranger sur des dispositions de son droit public ne sont pas accueillies, en principe, dans la mesure où elles tendent à l’accomplissement d’actes de puissance publique – sous réserve des traités et sauf réciprocité, compte tenu aussi de l’objet particulier de la prétention et des exigences de la solidarité internationale en la matière, par exemple dans le domaine de la sécurité sociale ou du travail”. Finalmente, en la resolución final, esta mención al Derecho del Trabajo no fue incluida. A su vez recordamos que si bien no refiere específicamente al Derecho del Trabajo como aplicación del Derecho Público extranjero, se encuentra la resolución del I.D.I., de la sesión de Zagreb, de 1971 sobre: “Les conflits de lois en matière de droit du travail”.

<sup>129</sup> Sobre este punto nos parece interesante destacar que en materia de Derecho del Trabajo la República posee sesenta y seis Tratados bilaterales y sesenta y siete multilaterales, contando modificaciones e instrumentos complementarios; en materia de Seguridad Social los Tratados bilaterales son treinta y

## APLICACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO EXTRANJERO

Sobre el punto, partimos de la base de que nos encontramos con una asignatura caracterizada por la presencia de una gran cantidad de normas internas de orden público<sup>130</sup>, que se toman como un conjunto de principios, de carácter institucional.

Pero sin embargo creemos que la normativa de carácter imperativo, inderogable para las partes y de plena aplicación para los contratos laborales nacionales (orden público laboral interno), no necesariamente resulta fundamento suficiente para desplazar por sí la aplicación del Derecho extranjero<sup>131</sup>.

Según Tellechea Bergman, desde un análisis del Derecho Procesal en la materia laboral, una rogatoria extranjera puede llegar a afectar el orden público internacional del Estado requerido si: a) El órgano requirente carece de la imprescindible independencia para ser reconocido como tribunal de justicia. b) Lesiona la jurisdicción exclusiva del país exhortado. c) Contradice en sí o el proceso del cual emana, principios esenciales del ordenamiento jurídico exhortado<sup>132</sup>.

Según se observa de la enumeración efectuada, lo que presenta el mayor grado de complejidad es determinar cuáles son los principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico y cuándo resultan lesionados. Existen casos que no ofrecen ningún tipo de inconveniente y otros que merecen un estudio más detallado y que, en definitiva, quedan sometidos a la sana crítica del juzgador<sup>133</sup>.

Partimos de la idea de que el Artículo 3º de la LCT no excluye la posibilidad de que una relación laboral internacional ejecutada en nuestro país quede sometida al

---

cinco los multilaterales, contando modificaciones e instrumentos complementarios, seis son los instrumentos bilaterales sobre Seguridad del Trabajo y uno multilateral. Es evidente que su mención detallada y análisis excedería el ámbito de este estudio, pero pueden consultarse en internet: <http://tratados.cancilleria.gob.ar/busqueda.php?consulta=si&modo=c>, 17-12-2010.

<sup>130</sup> Claro ejemplo de ello son los Arts. 7º, 8º, 9º, 10, 12, 17, 20, 81, 116, 117, 119, 120, 133, 147, 150, 172, 176, 177, 189, 190, etc. de la LCT. Incluso en el plano internacional existen numerosas normas que forman parte de este orden público interno como son las disposiciones de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica– (en particular los Arts. 6º y 24) y las Convenciones de la Organización Internacional de Trabajo: C 1 sobre las horas de trabajo (industria) de 1919, C 6 sobre el trabajo nocturno de los menores (industria) de 1919, C 17 sobre la indemnización por accidentes del trabajo de 1925, C 19 sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo) de 1925, C 29 sobre el trabajo forzoso de 1930, C 79 sobre el trabajo nocturno de los menores (trabajos no industriales) de 1946, C 90 sobre el trabajo nocturno de los menores (industria) de 1948, C 100 sobre igualdad de remuneración de 1951, C 105 sobre la abolición del trabajo forzoso de 1957, C 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores de 1981, C 182 sobre las peores formas de trabajo infantil de 1999.

<sup>131</sup> MENICOCCI, Alejandro, “El contrato individual de trabajo: calificación, ley aplicable, orden público y jurisdicción, Comunicación Presentada a la Jornada Preparatoria para el XXIIº Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI), Buenos Aires, Facultad de Derecho de la UBA, 27 de agosto de 2010, 32 págs., pág. 32, al decir: “Corresponde evitar una identificación de las normas tuitivas como principios de orden público internacional, debiendo reservarse para éstos aquéllos principios inalienables que hacen a la dignidad del trabajador y que han sido recogidos en tratados de derechos humanos”.

<sup>132</sup> TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, “Panorama de los Protocolos del Mercosur sobre Derecho Internacional Privado, con especial referencia a aquellos relativos a la cooperación jurídica internacional”, en *Del Mercosur. Aduana. Jurisdicción. Informática. Relaciones Intercomunitarias*, Buenos Aires, ed. Ciudad Argentina, 1996, pág. 537.

<sup>133</sup> Un claro ejemplo de lo que venimos manifestando se presenta, en materia cautelar, respecto de la protección del patrimonio de los trabajadores establecida en el ordenamiento jurídico argentino. Ha sido mediante el Decreto N° 484/1987 por el cual nuestro país ha reglamentado la LCT en cuanto a la embargabilidad de las remuneraciones de los trabajadores.

Derecho extranjero. Dicha situación será posible si, por ejemplo, las propias partes, utilizando la autonomía de la voluntad, optan por la aplicación del derecho de un país que no viole nuestro orden público internacional. Otro supuesto será cuando no se pueda determinar con exactitud el lugar de ejecución del contrato laboral, como será el caso de los trabajadores de las empresas de transporte internacional.

Por último, también podrá ameritar la aplicación del Derecho extranjero el contrato laboral internacional cuya prestación deba ser ejecutada en diversos países. Supongamos en este último caso que un asalariado trabaja tres meses en España, tres meses en Italia y luego, cuando se encuentra en nuestro país, es despedido sin causa. ¿Podría por ejemplo descartarse de plano la aplicación de una medida cautelar internacional que, basada en el Derecho extranjero, solicite la reincorporación en forma preventiva del trabajador? Consideramos que no. En estos casos, pensamos que no existe razón alguna que justifique apartarse del derecho foráneo que reconozca mayores beneficios para el trabajador y no se oponga a nuestro orden público internacional. En este sentido, una norma basada en un derecho que reconozca para el trabajador una estabilidad mayor que nuestro ordenamiento deberá ser, en principio, acogida por los Tribunales argentinos.

#### f) Derecho Administrativo extranjero

El Derecho Internacional Administrativo fue originalmente concebido por Lorenz von Stein en 1866<sup>134</sup> a partir de la descripción conjunta de normas basadas parcialmente en fuentes internacionales e internas y posee su desarrollo hacia finales del siglo XIX<sup>135</sup>.

Por principio general puede decirse que el Derecho Administrativo es territorial. Si bien es cierto que el Derecho Administrativo no posee normas de colisión, creemos que puede hablarse de influencias de éste en el Derecho Privado a la hora de aplicar el Derecho extranjero, por ejemplo cuando el Derecho Administrativo extranjero autoriza o invalida un contrato y podría ser llamado a aplicarse. No existe norma general de Derecho Internacional que impida esto y el único límite es que la norma administrativa extranjera no contraríe el orden público<sup>136</sup>.

Los parámetros generales de influencia de la norma de Derecho Administrativo Internacional han sido definidos del siguiente modo<sup>137</sup>: a) En primer lugar, sobre las condiciones de admisión, constitución y funcionamiento de las entidades extranjeras en el territorio nacional. b) En segundo lugar, las normas que regulan la interacción y cooperación de las normas de procedimiento administrativo extranjero. c) En tercer lugar, aquellas normas administrativas que dentro del sistema jurídico

<sup>134</sup> VOGEL, Klaus, "Administrative Law, International Aspects", en *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, ed. North - Holland, Tomo 9., 1986, págs. 2 a 7, pág. 3.

<sup>135</sup> Sobre la génesis y desarrollo histórico de esta rama del derecho puede verse: GALLARD Y FOLCH, Alejandro, *Derecho Internacional Administrativo*, Barcelona, ed. Herederos de Juan Gili, 1917, 48 págs.

<sup>136</sup> VOGEL, Klaus, "Administrative Law, International Aspects", ob. cit., pág. 5.

<sup>137</sup> BISCOTTINI, Giuseppe, "Diritto Amministrativo Internazionale", Tomo I, en *Trattato di Diritto Internazionale*; BALLADORE PALLIERI, Giuseppe - MORELLI, Gaetano - QUADRI, Rolando, Vol. VI, Padova, ed. Cedam, 1964, pág. 4.

extranjero atribuyen importancia o requisitos de eficacia o valor jurídico a los actos privados.

Consideramos entonces que es posible distinguir tres aspectos: por un lado, las normas internas de Derecho Administrativo orientadas hacia los actos administrativos extranjeros; por el otro, el reconocimiento del acto administrativo extranjero, el cual es un problema de exequátur y finalmente, aquellas normas jurídicas del Derecho Administrativo extranjero que pueden ser llamadas a aplicarse en el ordenamiento local.

Esto último es el punto que estamos tratando.

La cuestión es saber si el Derecho Administrativo extranjero, como rama del Derecho Interno de un Estado, es llamado a aplicarse por la norma de colisión, junto con el Derecho Civil extranjero o si debe ser dejado de lado.

Creemos que si asumimos el problema de la adaptación de la norma desde el uso jurídico, podría hablarse de una teoría del “envío pleno” al Derecho extranjero y a partir de allí todo el ordenamiento extranjero debe ser tenido en cuenta y no solo el Derecho Civil o una parte de él.

Es decir que la norma de Derecho Civil extranjera posee como mínimo un dato complementario, como por ejemplo el reconocimiento del matrimonio, que previamente debe haber pasado por la instancia administrativa correspondiente, o los actos de carácter privado que para su eficacia requieren un manifestación del Derecho Administrativo<sup>138</sup>.

#### g) Derecho Tributario extranjero en el foro local

Se puede partir de la “toma en consideración” en relación con la “aplicación”, pero de pronto y como ya hemos dicho, esta distinción suena un tanto atomizante del derecho y contraria a la doctrina del “uso jurídico”.

Es decir que debemos tomar al Derecho extranjero como un todo sistémico en el que se incluyen los aspectos públicos y privados, si el juez extranjero pusiese condiciones de cumplimiento previo o conjunto de leyes tributarias, junto con las de Derecho estrictamente Privado, el juez del foro así también debería exigirlo.

En su momento, el I.D.I. estableció que las leyes fiscales no son aplicables fuera del país en el que han sido dictadas, excepto lo que establezcan los Tratados Internacionales<sup>139</sup>, dejando a salvo las situaciones de empresas u organizaciones cuya pretensión sea la evasión de las leyes tributarias<sup>140</sup>.

No compartimos esta postura por las razones ya expuestas.

En lo que hace a ejecución, tradicionalmente las sentencias que pretenden la ejecución de deudas fiscales en el extranjero no han sido reconocidas. Entre diferentes casos, señera ha sido la jurisprudencia de Visser<sup>141</sup>, donde la Corte de Apelación inglesa, a través de la opinión del juez Tomlin, contundentemente dijo: “[...] esta

<sup>138</sup> *Ibid.*, pág. 144.

<sup>139</sup> I.D.I., sesión de Aix-en-Provence, de 1954, sobre: “Les lois fiscales en droit International privé”, Art. 1°.

<sup>140</sup> Cf. Art. 3°.

<sup>141</sup> Donde se intentaba cobrar una deuda fiscal proveniente de un sucesorio holandés en Inglaterra.

Corte no cobrará impuestos de Estados extranjeros<sup>142</sup>. En el mismo criterio de territorialidad de las leyes fiscales, ante obligaciones tributarias generadas por negocios de carácter civil se ha pronunciado la Corte de Casación francesa<sup>143</sup>.

Esta postura ha tenido fuertes críticas en los últimos tiempos al punto de que Schlosser, en uno de los capítulos del curso que impartió en la Academia de la Haya, lo titula “On the way to breaking through the ‘public law taboo’<sup>144</sup> y se centra en una parte en cuestionar la inexistencia de razones de fondo en la actualidad para mantener un criterio de inejecutabilidad absoluto de la sentencia fiscal extranjera<sup>145</sup>.

La situación que demarcamos la describe Kegel con el caso “Peter Buchanan Ld. c/ Mc. Vey<sup>146</sup>, en el que una sociedad unipersonal escocesa que comercializaba vino y whisky debía al Reino Unido cuantiosos impuestos, por lo que fue declarada en quiebra. Sin embargo, su dueño, anteriormente, vendió el patrimonio y lo llevó a Irlanda. Esto describe la injusticia que se genera al no poder ejecutarse la sentencia y el consentimiento del fraude.

Nosotros creemos que no existe razón ni costumbre del Derecho Internacional alguna para no ejecutar una deuda fiscal legítima, si no contraría el orden público porque no hay confiscaciones ni instituciones análogas en el medio. En especial para la Argentina, que posee un alto índice de fugas de capitales, donde un evasor que se ha vuelto insolvente en el país sigue poseyendo patrimonio en el extranjero. Lo contrario es amparar la evasión fiscal en el plano internacional.

Tal vez un primer paso será incluir en los Tratados Sobre Cooperación Jurisdiccional de Tercer Grado las sentencias fiscales dentro de su ámbito material y la cooperación y el control entre autoridades tributarias extranjeras<sup>147</sup>.

## V. Conclusiones

Sobre la base de lo desarrollado diremos que:

- 1) El uso jurídico como método de resolución de los conflictos de normas en el Derecho Internacional Privado reclama al Derecho Público extranjero con la única limitante del orden público aplicado a posteriori y como conjunto de principios.

<sup>142</sup> In re Visser, “H. M. The Queen of Holland (Married Woman) c/ Drukker and Others. [1928. H. 307]”. Also reported as: [1928] Ch. 877, 1928, June 29, donde concretamente expresa el juez Tomlin, J.: “My own opinion is that there is a well recognized rule, which has been enforced for at least 200 years or thereabouts, under which these Courts will not collect the taxes of foreign States for the benefit of the Sovereigns of these foreign States; and this is one of those actions which these Courts will not entertain”.

<sup>143</sup> Ver: “Héritiers Vogt c/ Felin”, Cass. Civ., 3 juillet 1928, Clunet, 1929, 385. El caso trataba sobre el pago de impuestos originados a raíz de una venta de acciones en Alemania que pretendían ser cobrados en Francia.

<sup>144</sup> SCHLOSSER, Peter, “Jurisdiction and international judicial and administrative co-operation”, *R. des C.*, Vol. 284 (2000-I), págs. 9 a 428.

<sup>145</sup> *Ibid.*, pág. 334 y sigs.

<sup>146</sup> KEGEL, Gerhard, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., pág. 664.

<sup>147</sup> *Ibid.*, pág. 345.

A contrario sensu, la exclusión del Derecho Público como un a priori es tomar al orden público como conjunto de normas, lo cual lleva al destroz de la concepción normológica de Goldschmidt. A partir de aquí, la teoría tridimensional del Derecho brinda soluciones para una construcción general de reglas de conflicto para el Derecho Público, la cual consideramos como necesaria. Si asumimos el problema de la adaptación de la norma desde el uso jurídico, puede hablarse de una teoría del “envío pleno” al Derecho extranjero y a partir de allí todo el ordenamiento extranjero debe ser tenido en cuenta y no solo el derecho civil o una parte de él.

- 2) En su origen y desarrollo el Derecho Internacional Privado buscó anclarse en concepciones voluntaristas e individualistas, que se orientaban a la tutela de la propiedad privada y la fuerza obligatoria de los contratos como motor de la economía basada en el capitalismo, donde la protección de las relaciones privadas internacionales resguardaban los estatutos personales, los derechos adquiridos y la autonomía de la voluntad de las partes. Pero a su vez, todo esto no es incompatible con la utilización de las soluciones que pueda brindar el Derecho Público extranjero a la hora de la aplicación del Derecho conectado, ni con una escisión tajante con el Derecho Internacional Público.
- 3) Creemos que hoy podemos hablar de grados de intensidad y de interacción del Derecho Público e Internacional Público con el Derecho Privado y con el Derecho Internacional Privado. Estas ramas poseen en ciertos puntos los mismos problemas y tratan las mismas cuestiones, ante lo cual se debe rescatar la concepción sistémica del Derecho. Ello evitará la aplicación abusiva de la territorialidad mediante la institución del orden público de las leyes de Derecho Público.
- 4) En las modalidades de aplicación del Derecho Público extranjero existe una vía de hecho o de cumplimiento espontáneo que se da cuando se califica y controla la capacidad de las personas, y aquellas que poseen domicilio en el extranjero; será aquella ley la que rija y en este punto en nada se discrimina si esas leyes poseen carácter público o privado.
- 5) El Derecho Público extranjero en el punto de contacto en muchas ocasiones es reclamado en especial en los sistemas que utilizan la nacionalidad como tal. En la norma de derecho declarada aplicable, es decir lo conectado, la referencia debe ser al ordenamiento tomado como un todo sistémico, donde si el juez extranjero ante ese caso tuviera en cuenta las normas de derecho público y las aplicara junto a las de Derecho Privado, el juez nacional también debe hacerlo. No es que se está considerando, sino que lisa y llanamente se está aplicando; lo contrario podría llevar a distorsiones, donde todo termina en un mosaico o “derecho a la carta”, donde en definitiva, es preferible, por una cuestión de equilibrio también sistémico, el aplicar directamente el Derecho Nacional. Desde la doctrina del uso jurídico, la mera toma en consideración no imita y si no lo hace, *ab initio* distorsiona.
- 6) Si la resolución del caso reclama las normas de un tercer Estado, también debe ser tenido en cuenta el Derecho Público de éste.
- 7) Las normas de policía y en especial las de naturaleza pública forman parte del Derecho conectado.
- 8) El horizonte negativo de la aplicación del Derecho Público extranjero se encuen-

- tra en especial en materia de expropiaciones, confiscaciones, nacionalizaciones, aunque pueden darse situaciones de legitimidad en estas instituciones.
- 9) En el uso jurídico procesal, cuando se aplica el Derecho Procesal extranjero, es aplicación del Derecho Público extranjero.
  - 10) Toda vez que se tienen en cuenta las formas y solemnidades en el reconocimiento de un acto celebrado en el extranjero, el juez local evalúa otorgar validez al Derecho Público extranjero.
  - 11) A contrario de lo establecido en algunas legislaciones comparadas, el Derecho Internacional Privado Argentino no menciona la ley reguladora de las obligaciones como extensiva a los requisitos de la ley de cumplimiento declarada aplicable o aquella que hubiesen designado las partes en la autonomía de la voluntad, en especial si se tiene en cuenta que las reglamentaciones en muchas ocasiones ponen requisitos provenientes del Derecho Administrativo y de carácter eminentemente público. Creemos que a pesar de no estar normado específicamente en nuestro Derecho Interno, la ley reguladora de las obligaciones forma parte de la ley de cumplimiento. Es decir que las normas del Derecho Interno cuando remiten a la ley del lugar del cumplimiento del contrato, calificando como tal a aquella donde se cumple con la prestación más característica, incluyen tanto las normas de Derecho Privado, como las de Derecho Público. A la misma conclusión se arriba si a esas normas llegamos por haber utilizado las partes la autonomía de la voluntad en la elección del derecho aplicable.
  - 12) La normativa de carácter imperativo, inderogable para las partes y de plena aplicación para los contratos laborales nacionales, no necesariamente resulta fundamento suficiente para desplazar por sí la aplicación del Derecho extranjero.
  - 13) Por principio general puede decirse que el Derecho Administrativo es territorial. Si bien es cierto que el Derecho Administrativo no posee normas de colisión, creemos que puede hablarse de influencias de éste en el Derecho Privado a la hora de aplicar el Derecho extranjero.
  - 14) Si el juez extranjero pusiese condiciones de cumplimiento previa o conjunta de leyes tributarias, junto con las de Derecho estrictamente Privado, el juez del foro así también debería exigirlo.
  - 15) No existe razón ni costumbre del Derecho Internacional alguna para no ejecutar una deuda fiscal legítima, si no contraría el orden público. En especial para la Argentina, que posee un alto índice de fugas de capitales, donde un evasor que se ha vuelto insolvente en el país sigue poseyendo patrimonio en el extranjero. Lo contrario es amparar la evasión fiscal en el plano internacional. Para esto proponemos incluir en los Tratados Sobre Cooperación Jurisdiccional de Tercer Grado las sentencias fiscales dentro de su ámbito material y la cooperación y el control entre autoridades tributarias extranjeras.

### **Abreviaturas**

A.S.D.I.	Annuaire Suisse de Droit International.
C.A.D.H.	Convención Americana Sobre Derechos Humanos.
Cass. Civ.	Corte de Casación francesa.

## APLICACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO EXTRANJERO

CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.
C.I.J.	Corte Internacional de Justicia.
C.N.	Constitución de la Nación Argentina.
Cód. Civ.	Código Civil.
Comisión IDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
C.P.J.I.	Corte Permanente de Justicia Internacional.
DIPr.	Derecho Internacional Privado.
E.D.	Revista jurídica <i>El Derecho</i> .
F.I.J.	Fundación para las Investigaciones Jurídicas.
F.M.I.	Fondo Monetario Internacional.
I.D.	Revista Jurídica Investigación y Docencia.
I.D.I.	Instituto de Derecho Internacional.
J.A.	Revista jurídica <i>Jurisprudencia Argentina</i> .
L.L.	Revista jurídica <i>La Ley</i> .
R.C.F.J.S.	Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Social.
R. des A.	Recueil des Arrêts.
R. des C.	Reueil des Cours – Hague Academy of International Law.
R. des S.	Recueil des Sentences Arbitrales.
R.E.D.I.	Revista Española de Derecho Internacional.
Rev. crit. dr. int. pr.	Revue Critique de Droit International Privé.