

CAPÍTULO OCTAVO

MECANISMOS QUE PERMITEN “ESCAPAR” DE LA REGLA *LEX REI SITAE*

I. CLÁUSULAS DE ESCAPE

Las cláusulas de escape se utilizan en las codificaciones de derecho internacional privado (leyes especiales, códigos, etcétera) para flexibilizar las normas de conflicto de leyes que, como ya se ha dicho, son las normas que indican cuál es el ordenamiento jurídico aplicable para resolver determinada situación jurídica privada internacional (véase el capítulo primero). El efecto flexibilizador de las cláusulas de escape consiste en que dan a la autoridad competente la facultad de ajustar, o dejar de aplicar, una norma de conflicto de leyes de su ordenamiento jurídico cuando las circunstancias de una situación particular así lo exijan.¹ Dejar de aplicar la norma de conflicto de leyes se traduce en no aplicar el ordenamiento jurídico que ella ordena aplicar, y en su lugar aplicar un ordenamiento jurídico diferente; por ejemplo, un ordenamiento jurídico que tenga una relación más directa con la situación.

Las cláusulas de escape pueden ser formuladas de diversas maneras. En la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza, por ejemplo, se encuentran una cláusula de escape general y otra más específica.² La cláusula de escape general, contenida en el artículo 15 de dicha Ley, permite al juez que, como una excepción y antes de que haya realizado la escogencia del ordenamiento jurídico aplicable, deje de aplicar cualquier ordenamiento jurídico al que se refiera la misma Ley si sucede que al considerar todas las

¹ Symeonides, S. (2011), *Codification and Flexibility in Private International Law*, Willamette University – College of Law, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1945924 (01/09/2017), p. 97; Ochoa Jiménez, M. J., Zapata Flórez, J. y Carrillo, P. (2019), “La elección del derecho aplicable en el derecho internacional privado en Colombia”, *Estudios Socio-Jurídicos*, 21(1), 91-120.

² Más sobre la importancia de estas normas de conflicto de leyes en el contexto de la protección de bienes culturales en Renold, M. A. (2013), *The International Protection of Cultural Heritage...*, cit., p. 304.

circunstancias resulta que la situación sólo tiene una conexión lejana con dicho ordenamiento jurídico y tiene una conexión más estrecha con otro ordenamiento jurídico, caso en el cual debe aplicar este último.

El artículo 19 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza, por otra parte, dispone lo siguiente:

1. Cuando intereses legítimos y claramente preponderantes según la concepción jurídica suiza así lo exigen, se puede tener en cuenta una disposición imperativa de un ordenamiento jurídico distinto al que se menciona en esta Ley, siempre que la situación tratada tenga una relación estrecha con ese otro ordenamiento jurídico.

2. Al decidir si una disposición de este tipo debe tomarse en consideración, se deben considerar su objetivo y las consecuencias de su aplicación, a fin de llegar a una decisión que sea apropiada, teniendo en cuenta la concepción jurídica de Suiza.³

Esta norma contiene una cláusula de escape que no aplica de forma general, sino que tiene por objeto permitir, más específicamente, la consideración de una disposición imperativa perteneciente a un ordenamiento jurídico extranjero⁴ diferente del aplicable en virtud de la misma Ley, con el cual la situación tenga una relación estrecha.⁵ El uso de la noción de disposición imperativa se relaciona con las llamadas “leyes de policía”.⁶ Para comprender esta última figura, puede verse la definición que de ella encontramos en el artículo 9, párrafo 1, del Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I):

Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda

³ Traducción propia.

⁴ Sobre la aplicación de las disposiciones imperativas del ordenamiento jurídico suizo (en cuanto *lex fori*), véase el art. 18 de la Ley de Derecho Internacional Privado de ese país.

⁵ Wyss, M. P. (1996), *Rückgabeanprüche für illegal ausgeführte Kulturgüter...*, cit., p. 207.

⁶ Como resalta Basedow, “[para] el lector actual este término puede provocar malentendidos ya que nuestro entendimiento de ‘policía’ se reduce a la preservación de la seguridad pública por un departamento del ejecutivo. Sin embargo, en el momento en el que el Código Civil Francés fue elaborado y debatido [conteniendo esta figura en su art. 6], el entendimiento de policía era mucho más amplio y se refería a la administración pública o incluso a la organización de la vida pública...”. Basedow, J. (2017), *El derecho de las sociedades abiertas...*, cit., pp. 442 y 443.

situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable...

En el artículo 19 de la legislación suiza se puede identificar la presencia de los tres extremos que han sido considerados para que puedan tener lugar el reconocimiento y aplicación en el país del foro de normas extranjeras de derecho público, que pueden tomar la forma de leyes de policía o disposiciones imperativas: primero, que la disposición extranjera a aplicar sea aplicable según su propio ordenamiento jurídico, con independencia de la ley que de otra manera hubiera sido aplicada; segundo, que exista una conexión estrecha entre la situación de hecho y el país que dictó la disposición a aplicar; y tercero, que su aplicación no es vinculante para el tribunal, sino que su aplicación queda a discreción de éste cuando se dan las condiciones indicadas antes.⁷

Esto último se encuentra en los Principios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre la elección del derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales,⁸ que se refieren a las leyes de policía en cuanto límite a la autonomía de las partes de un contrato mercantil internacional para elegir el ordenamiento jurídico aplicable a este.⁹ Es interesante anotar aquí que en este mismo artículo se hace referencia también al orden público, concepto que se tratará más adelante. Ambas figuras —leyes de policía y orden público— pueden ser vistas como “las dos caras de una misma moneda”;¹⁰ sin embargo, se distinguen esencialmente en cuanto que la consideración de una ley de policía (o disposición imperativa) supone la no aplicación de determinado ordenamiento jurídico (o de un contrato) que es sustituido por la aplicación de una disposición codificada cuya observancia es de obligatorio cumplimiento, mientras que cuando se acude al orden público se bloquea la aplicación de determinado ordenamiento jurídico (o contrato) por ser éste incompatible con disposiciones fundamentales del Estado del foro¹¹ (véase el capítulo noveno).

⁷ Sobre estos extremos y su relación con la teoría del *Sonderanknüpfung* o *Sonderstatut*, véase Basedow, J. (2017), *El derecho de las sociedades abiertas...*, cit., p. 361.

⁸ Aprobados el 19 de marzo de 2015.

⁹ El art. 11, párrafo 2, de estos Principios indica que “[e]l derecho del foro determina los casos en que un tribunal judicial puede o debe aplicar o tener en cuenta las leyes de policía de otro derecho”.

¹⁰ Comentario a los Principios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre la elección del derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales, p. 75. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/21356f80-f371-4769-af20-a5e70646554b.pdf>.

¹¹ Comentario a los Principios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado..., cit., p. 75.

Es de observar que, en el contexto de la norma suiza (artículo 19, Ley de Derecho Internacional Privado), la evaluación de la existencia de los “intereses legítimos y claramente preponderantes” que pueden dar lugar a la activación de la cláusula de escape que conduzca a la aplicación de una disposición imperativa extranjera se realiza de acuerdo con la concepción jurídica del país del foro, que no es otro que Suiza. Asimismo, la concepción jurídica suiza es la que debe ser tenida en cuenta al evaluar los objetivos y las consecuencias de la aplicación de dicha disposición.

En relación con la determinación de la estrecha conexión que la situación guarda con el ordenamiento jurídico distinto del indicado por la Ley, se ha hecho referencia a la prohibición de exportación del lugar de ubicación de un bien cultural. De esta manera, se puede afirmar que por la vía de la cláusula de escape del artículo 19 de la Ley de Derecho Internacional Privado, en el ordenamiento jurídico suizo es posible la consideración de las normas extranjeras que prohíben la exportación de bienes culturales cuando se refiera a bienes culturales significativos que califiquen como tales para el Estado de origen,¹² como disposiciones imperativas. De acuerdo con esta interpretación, y partiendo del carácter público de las normas que prohíben la exportación de esta clase de bienes (véase capítulo decimosegundo), el artículo 19 de la Ley suiza es una muestra de la tendencia hacia la relativización del no reconocimiento y aplicación en el país del foro de normas extranjeras de derecho público. Lo que es compatible con la realidad que representa la creciente permeabilidad de las fronteras nacionales, lo que Jürgen Basedow identifica como una característica de las sociedades abiertas.¹³

No hay evidencia hasta ahora de que las normas del ordenamiento jurídico suizo indicadas anteriormente, en las que se contemplan las dos modalidades de cláusulas de escape a las que se ha hecho referencia —artículos 15 y 19 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza—, hayan sido empleadas en situaciones relativas a bienes culturales.¹⁴

Por otra parte, en Alemania, el artículo 46 de la Ley Introductoria al Código Civil contiene también una cláusula de escape que permite dejar de aplicar la regla *lex rei sitae*: “Si existe una conexión mucho más estrecha con la ley de un Estado que con la ley que regiría por los artículos 43¹⁵ y

¹² Wyss, M. P. (1996), *Rückgabeansprüche für illegal ausgeführte Kulturgüter...*, cit., pp. 207 y 208.

¹³ Basedow, J. (2017), *El derecho de las sociedades abiertas...*, cit., p. 356.

¹⁴ Renold, M. A. (2013), *The International Protection of Cultural Heritage...*, cit.

¹⁵ Ley Introductoria al Código Civil Alemán, art. 43: “(1) Los derechos sobre una cosa se rigen por la ley del Estado en que la cosa se encuentre. (2) Si un objeto, al que se refieren los derechos, llega a otro Estado, estos derechos no pueden ejercerse en contradicción con

45,¹⁶ se aplicará esa ley”.¹⁷ Como puede observarse, de acuerdo con este artículo es posible que se deje de aplicar el artículo 43 de la misma Ley, según el cual “los derechos sobre una cosa se rigen por la ley del estado en el que se encuentra la cosa” (*lex rei sitae*). Ello es posible cuando exista una conexión más estrecha con la ley de otro Estado que con la ley que debe ser aplicada de conformidad con el mencionado artículo 43.¹⁸ En relación con la restitución de bienes culturales, ha sido ampliamente debatida la aplicación de este artículo, pero no se ha llegado hasta ahora a ningún acuerdo.¹⁹ Se ha planteado, por ejemplo, que, en el marco del artículo 46 de la Ley Introductoria al Código Civil alemán, la aplicación del ordenamiento jurídico con la conexión más estrecha —el cual pudiera ser el del lugar de origen del bien (*lex originis*)— sería posible cuando la aplicación de la *lex rei sitae* pueda conducir a resultados arbitrarios.²⁰

II. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CON LA CONEXIÓN MÁS ESTRECHA

En materia de derecho de los contratos internacionales, el *principio de proximidad* ayuda a resolver la cuestión sobre cuál es el ordenamiento jurídico

el sistema legal de ese Estado. (3) Si un derecho a una cosa que ingresa al país aún no se ha adquirido de antemano, para dicha adquisición se tendrán en cuenta los eventos ocurridos en otro Estado como si hubieran ocurrido en el territorio”. (Traducción propia).

¹⁶ Ley Introductoria al Código Civil Alemán, art. 45: (1) Los derechos a los vehículos aéreos, acuáticos y ferroviarios se rigen por la ley del país de origen. Esto es: 1. En el caso de las aeronaves, el Estado de su nacionalidad. 2. En el caso de buques, el estado de la entrada de registro, de lo contrario, el puerto de origen o domicilio. 3. En el caso de los vehículos ferroviarios, el estado de homologación. (2) La creación de derechos de garantía sobre estos vehículos está sujeta a la ley aplicable a la reclamación a garantizar. La clasificación de varios derechos de garantía se rige por el art. 43 (1) (Traducción propia).

¹⁷ Traducción propia.

¹⁸ Paffenholz, C. (2006), *Die Ausweichklausel del Art. 46 EGBGB*, Jena, JWV.

¹⁹ Mansel, H.-P. (2007), “Die Bedeutung des internationalen Privatrechts in Bezug auf das Herausgabeverlangen des Eigentümers bei abhanden gekommenen Kulturgütern”, en Schoen, S. y Baresel-Brand, A. (coord.), *Im Labyrinth des Rechts? Wege zum Kulturgüterschutz*, Magdeburgo, Koordinierungsstelle für Kulturgutverluste, p. 144.

²⁰ El-Bitar, J. (2006), *Der deutsche und französische Kulturgüterschutz nach der Umsetzung der Kulturgüterückgaberrichtlinie*, Fráncfort, Peter Lang, p. 149; Müller-Katzenburg, A. (1996), *Internationale Standards...*, cit., p. 232.

Para más información sobre las cláusulas de escape se puede consultar Carruthers, J. (2005), *The Transfer of Property in the Conflict of Laws. Choice of Law Rules Concerning Inter Vivos Transfers of Property*, Nueva York, Oxford University Press, p. 229; Renold, M. A. (2013), *The International Protection of Cultural Heritage...*, cit.; Strauch, G. (2007), *Rechtsverhältnisse an Kulturgütern im Internationalen Sachenrecht*, Berlín, Wissenschaftlicher Verlag, p. 187.

aplicable a un contrato internacional si las partes no lo han elegido, o si la elección que han hecho no es efectiva. La respuesta que ofrece el principio de proximidad a tal cuestión es que debe aplicarse el ordenamiento jurídico más estrechamente relacionado con la situación jurídica a la cual se refiere el contrato. Los términos pueden variar en las diferentes codificaciones. Esta idea general puede ser concretada mediante la utilización de diferentes sustantivos, como “conexión”, “relación” o “vínculo”, o diferentes adjetivos como “estrecho”, “cercano” o “fuerte”, que generalmente son acompañados por el adverbio “más” para imprimir un sentido comparativo o superlativo.²¹

La posibilidad de aplicar el ordenamiento jurídico más estrechamente relacionado con la situación jurídica se encuentra, por ejemplo, en el ámbito interamericano, en particular en la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de 1994 —que ha sido ratificada sólo por México y Venezuela—, en cuyo artículo 9, primer párrafo, se lee: “Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos”. En forma similar, esta solución se encuentra en la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela, según la cual “[a] falta de indicación válida, las obligaciones convencionales se rigen por el derecho con el cual se encuentran más directamente vinculadas” (artículo 30), y en el Código Civil y Comercial de Argentina:

Excepcionalmente, a pedido de parte, y tomando en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato, el juez está facultado para disponer la aplicación del derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos. Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso.

En cuanto a cómo se debe determinar cuál es el ordenamiento jurídico con la conexión más estrecha, la legislación venezolana, al igual que se hace en las normas interamericanas (Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, artículo 9, segundo párrafo), indica que se tomarán en cuenta “todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar ese derecho. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales”.

²¹ Symeonides, S. (2014), *Codifying Choice of Law Around the World. An International Comparative Analysis*, Nueva York, Oxford University Press, p. 176.

Ahora bien, la posibilidad de aplicar el ordenamiento jurídico con la conexión más estrecha no tiene lugar únicamente para resolver conflictos de leyes en materia de contratos internacionales. También puede ser establecida de forma general para toda situación jurídica privada internacional. Un ejemplo es el artículo 2 del Código de Derecho Internacional Privado de Bulgaria, que establece:

(1) Las relaciones en el derecho privado con un elemento internacional se regirán por la ley del Estado con el cual dichas relaciones están más estrechamente relacionadas. Las disposiciones contenidas en el Código con respecto a la determinación de la ley aplicable expresan este principio.

(2) Si la ley aplicable no puede determinarse sobre la base de las disposiciones de la Parte Tres del presente documento, se aplicará la ley del Estado con el que la relación tenga la conexión más estrecha en virtud de otros criterios.²²

Hemos visto, por otra parte, que la posibilidad de aplicar el ordenamiento jurídico con la conexión más estrecha también puede incluirse en una cláusula de escape, como las de los artículos 15 y 19 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza, a los que ya nos hemos referido. De igual forma, el ordenamiento jurídico con la conexión más estrecha se aplica en otras materias especiales,²³ como daños,²⁴ propiedad intelectual,²⁵ fideicomisos (*trust*),²⁶ guarda de menores,²⁷ derechos y deberes de padres e hijos,²⁸ agencia²⁹ o sucesiones.³⁰

²² Traducción propia.

²³ Symeonides, S. (2014), *Codifying Choice of Law...*, cit., pp. 183 y 184.

²⁴ Por ejemplo, en el Reglamento Roma II, arts. 4(3), 5(2), 10(4), 11(4), and 12(2)(c).

²⁵ Por ejemplo, en el Código de Derecho Internacional Privado de Bélgica, art. 93: "...la determinación del titular originario del derecho de propiedad industrial se rige por la ley del Estado con el que la actividad intelectual tiene las conexiones más cercanas...".

²⁶ Ley especial de la República Checa (art. 73) y de Quebec (art. 3107).

²⁷ *Ibidem* (art. 65).

²⁸ Ley especial de Ucrania (art. 66).

²⁹ Ley especial de Taiwan (arts. 17-19, 43, 44).

³⁰ En la Unión Europea, el Reglamento (UE) No 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, art. 21.2: "1. Salvo disposición contraria del presente Reglamento, la ley aplicable a la totalidad de la sucesión será la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento.

2. Si, de forma excepcional, resultase claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo manifiestamente más

En el campo de la repatriación o restitución internacional de bienes culturales, puede observarse que la jurisprudencia ha echado mano del ordenamiento jurídico con la conexión más estrecha para determinar el ordenamiento jurídico aplicable en situaciones concretas. Un ejemplo de ello es el caso *Autocephalous Greek Orthodox Church of Cyprus v. Goldberg*,³¹ en el que la Corte de Distrito de Indiana, en los Estados Unidos, decidió sobre los derechos relativos a cuatro mosaicos bizantinos de comienzos del siglo XVI. Estos mosaicos, que habían estado integrados durante siglos en una iglesia en Chipre, fueron removidos ilegalmente a finales de la década de 1970, durante la ocupación militar turca en la región norte de Chipre, por un individuo de nacionalidad turca,³² quien los llevó a Alemania, donde permanecieron escondidos durante aproximadamente una década. En 1988, el nacional turco y Peg Goldberg, un comerciante de arte de Indiana, celebraron la venta de los mosaicos por 350,000 dólares estadounidenses. A continuación, el nacional turco transportó los mosaicos al puerto libre de Ginebra, y luego de recibir el dinero los envió desde allí a Indiana. En Estados Unidos, Goldberg ofreció los mosaicos al *Getty Museum* en California por aproximadamente veinte millones de dólares estadounidenses. El curador del museo no aceptó la oferta, e informó a la República de Chipre, cuyos representantes ofrecieron a Goldberg el reembolso del precio pagado a cambio de la devolución de los mosaicos. Goldberg no aceptó, por lo que la iglesia y la República de Chipre decidieron demandar.³³ Los demandantes sostenían que la iglesia no había renunciado nunca a la propiedad de los mosaicos, y que éstos habían sido removidos sin autorización ni de la Iglesia ni de la República de Chipre. La parte demandada afirmaba que la exportación de los mosaicos había sido autorizada por oficiales turcochipriotas, y que Goldberg los adquirió en de buena fe y sin información alguna de que hubieran sido robados.

Para resolver estas cuestiones, en principio, era posible que se aplicara alguno de los siguientes tres ordenamientos jurídicos: el de Chipre, según el cual las antigüedades y objetos de culto estaban fuera del comercio, pues eran inalienables e imprescriptibles; el de Suiza, de conformidad con el cual

estrecho con un Estado distinto del Estado cuya ley fuese aplicable de conformidad con el apartado 1, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado”.

Véase también Ley especial de Burkina Faso (art. 1043).

³¹ *Autocephalous Greek-Orthodox Church of Cyprus and the Republic of Cyprus v. Goldberg & Feldman Fine Arts, Inc.* United States District Court, Southern District of Indiana, 1989 717 F.Supp. 1374. Véase Gerstenblith, P. (2012), *Art, Cultural Heritage and the Law...*, cit.

³² Symeonides, S. (2016), *Choice of Law...*, cit., p. 588.

³³ *Idem*.

podían ser reconocidos derechos a favor del demandado si éste demostraba que habían actuado de buena fe; o el de Indiana, bajo el cual no era posible adquirir la propiedad sobre bienes robados. La Corte consideró que el ordenamiento jurídico suizo sólo tenía una conexión insignificante con el caso, mientras que el ordenamiento jurídico de Indiana tenía una relación más significativa con el mismo.³⁴ Sin embargo, según las normas de Indiana la acción prescribía transcurridos seis años a partir de la causa de la acción. La Corte de Distrito de Indiana decidió que la acción no había prescrito, porque el lapso de prescripción no podía comenzar a correr antes de que el demandante conociera o pudiera conocer la identidad del poseedor de los mosaicos, lo que sólo fue posible cuando Goldberg los ofreció en venta al *Getty Museum*. En tal sentido, la Corte decidió que los mosaicos debían ser devueltos a los demandantes.³⁵

III. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

En el marco del derecho internacional privado, la mayor relevancia de la autonomía de la voluntad se relaciona con la posibilidad de que los sujetos envueltos en una situación jurídica privada internacional puedan escoger cuáles tribunales pueden conocer de ella³⁶ y/o qué ordenamiento jurídico regirá tal situación. La elección del ordenamiento jurídico aplicable es la regla general en materia de contratos internacionales, aunque existen legislaciones nacionales que aún no la admiten expresamente, como ocurre, por ejemplo, en Colombia. El reconocimiento de tal libertad de elección se encuentra en el Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I),³⁷ artículo 3, y en América Latina, la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, adoptada en México el 17 de marzo de 1994 en el marco de la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, lo recoge en su artículo 7. También se encuentra en

³⁴ Gerstenblith, P. (2012), *Art, Cultural Heritage and the Law...*, cit., pp. 487 y 488. Véase también Symeonides, S. (2016), *Choice of Law...*, cit., pp. 588 y 589.

³⁵ Symeonides, S. (2016), *Choice of Law...*, cit., p. 589.

³⁶ Sobre la elección de tribunales, véase la Convención sobre Acuerdos de Elección de Foro de la Conferencia de La Haya, del 30 de junio de 2005.

³⁷ Reglamento Roma I, art. 3.1: “El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato”.

legislaciones nacionales de diferentes países latinoamericanos; por ejemplo, en la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela (artículos 29 y 30),³⁸ en el Código Civil de Perú (libro X, artículo 2095),³⁹ y en el Código Civil y Comercial de Argentina (artículo 2651).⁴⁰

Visto en general, el reconocimiento legal de libertad de elección del ordenamiento jurídico aplicable a una situación jurídica internacional conlleva el riesgo de que, en principio, los sujetos podrían escoger los tribunales o el ordenamiento jurídico que les resultara más conveniente, o, lo que es más sensible, que tal elección se realice sobre la base de la conveniencia para uno solo de los sujetos que hacen parte de la situación jurídica, es decir, del sujeto que dispone de mayor poder, en detrimento de otros sujetos envueltos en ella. Es por esta razón que el reconocimiento legal de esa libertad de escogencia no se puede producir de manera absoluta, sin limitación y para todo tipo de contrato. En este sentido, el tema ha sido discutido abundantemente en relación con ciertos contratos, como los contratos de consumo, trabajo o agencia.⁴¹ Así, se tiene que, por ejemplo, en la Unión Europea, de acuerdo con el Reglamento Roma I, la libertad de escogencia se encuentra reconocida dentro de ciertos límites en relación con los contratos de consumo (artículo 6), de seguro (artículo 7) y de trabajo (artículo 8). En igual sentido, el artículo 2651, *in fine*, del Código Civil y Comercial de Argentina excluye los contratos de consumo de la regla según la cual los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes.

³⁸ Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela, art. 29: “Las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes”; art. 30: “A falta de indicación válida, las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho con el cual se encuentran más directamente vinculadas. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar ese Derecho. También tomará en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales”.

³⁹ Código Civil de Perú, art. 2095: “Las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar de su cumplimiento... Si el lugar del cumplimiento no está expresamente determinado o no resulta inequívocamente de la naturaleza de la obligación, se aplica la ley del lugar de celebración”.

⁴⁰ Código Civil y Comercial de Argentina, art. 2651: “Autonomía de la voluntad. Reglas. Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Dicha elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato...”. A continuación, el artículo establece algunas reglas específicas a las cuales debe sujetarse el ejercicio de la autonomía de la voluntad en este contexto.

⁴¹ Ochoa Jiménez, M. J., Zapata Flórez, J. y Carrillo, P. (2019), *La elección del derecho aplicable...*, *cit.*

En cuanto se refiere a las situaciones internacionales relativas a bienes culturales,⁴² desde el punto de vista contractual, y no existiendo regulación especial en relación con los contratos internacionales que recaigan sobre esta clase de bienes, tendría que considerarse aplicable la regla general de libertad de las partes del contrato para elegir el ordenamiento jurídico aplicable al mismo. Sin embargo, sería necesario observar bajo qué ordenamiento jurídico se haría valer dicho contrato, pues, como se ha anotado, existen ordenamientos jurídicos nacionales en los que la libertad de elección del ordenamiento jurídico aplicable en esta materia no ha sido reconocida. Por ejemplo, bajo el ordenamiento jurídico colombiano no se reconoce legalmente dicha libertad, existiendo sólo regulación expresa en relación con las controversias que puedan ser resueltas mediante arbitraje⁴³ o que sean objeto de contratos comerciales, que, de acuerdo con el Código de Comercio (artículos 869 y 1328), se rigen por las leyes colombianas cuando deban cumplirse en Colombia, aunque hayan sido celebrados en el exterior.

Ahora bien, más allá del ámbito contractual, en otras materias se ha desarrollado una tendencia hacia el reconocimiento de la libertad de elección del ordenamiento jurídico aplicable. En este sentido, tal reconocimiento se refiere a la posibilidad que tiene o bien la autoridad que debe decidir una controversia relativa a una situación jurídica que encuadre dentro del supuesto de hecho de la norma, o bien los sujetos involucrados en dicha situación, de escoger entre los ordenamientos jurídicos indicados en la propia norma de conflicto. Como ejemplo se pueden mencionar el artículo 6 de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, que establece que la autoridad competente puede elegir entre el ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor, o el ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor, debiendo aplicar el que resulte más favorable al interés del acreedor. También pueden referirse, en materia del régimen económico matrimonial, el artículo 22 del Reglamento de la Unión Europea 2016/1103 del Consejo, del 24 de junio de 2016, y en materia de sucesiones, el artículo 22 del Reglamento de la Unión Europea 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012,⁴⁴ casos estos en los cuales la elección puede ser hecha directamente por los sujetos envueltos en la situación jurídica respectiva.

⁴² Jayme, E. (1994), *Diskussion...*, cit., p. 135.

⁴³ Ley 1563 de 2012 (julio 12), por medio de la cual se expide el estatuto de arbitraje nacional e internacional y se dictan otras disposiciones.

⁴⁴ Ochoa Jiménez, M. J., Zapata Flórez, J. y Carrillo, P. (2019), *La elección del derecho aplicable...*, cit.

En similar dirección, se ha discutido la posibilidad de reconocer la libertad de elección del ordenamiento jurídico aplicable a situaciones jurídicas privadas internacionales en materia de derechos reales.⁴⁵ Se ha resaltado en el ámbito europeo que una normativa armonizadora o unificadora que hiciera tal reconocimiento de la libertad de elección del ordenamiento jurídico aplicable en materia de bienes no es fácil de imaginar, debido a la diversidad que al respecto existe entre los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea.⁴⁶ Sin embargo, existen algunas normativas nacionales en esa dirección. Así, se tiene el artículo 104 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza, según el cual “Las partes pueden remitir la adquisición y pérdida de los derechos de propiedad a la ley del Estado de envío o destino o a la ley que rige la transacción legal subyacente. Tal elección de ley no se puede hacer valer contra terceros”.⁴⁷

La libertad de escogencia de la ley aplicable se encuentra reconocida de manera similar para los bienes en tránsito en el Código Civil de Perú, cuyo artículo 2089 establece que las partes pueden someter los derechos sobre esta clase de bienes al ordenamiento que rige su constitución o pérdida o al del lugar de su expedición; pero también aquí tal elección sólo tiene efecto entre las partes.⁴⁸

En el marco del derecho alemán, por su parte, se ha discutido si la cláusula de escape contenida en el artículo 46 de la Ley de Introducción al Código Civil (EGBGB) permite que se deje de aplicar la regla *lex rei sitae* contenida en el artículo 43 de la misma ley cuando el ordenamiento jurídico cuya aplicación ha sido acordada por las partes guarde una conexión más estrecha con la situación jurídica. Si bien esto ha sido considerado como admisible por parte de la doctrina, lo ha sido sólo en la medida en que tal acuerdo tenga efectos *inter partes*.⁴⁹ Por otro lado, el Código Civil de los Paí-

⁴⁵ Sobre este tema se puede consultar Dieter Martiny, quien se refiere la admisibilidad de la autonomía de la voluntad en esta materia en el derecho chino. Martiny, D. (2012), *Lex Rei Sitae as Connecting Factor...*, cit., p. 124. Véase también Marín Fuentes, J. (2018), *El nuevo derecho internacional privado...*, cit., p. 547.

⁴⁶ Martiny, D. (2012), *Lex rei sitae as Connecting Factor...*, cit.

⁴⁷ Citado en Kieninger, E. M. (2014), *Rechtswahlfreiheit in Sachenrecht?*..., cit., pp. 391-410 (traducción propia).

⁴⁸ Código Civil de Perú, art. 2089: “...Las partes pueden someter la adquisición y la pérdida de los derechos reales sobre bienes corporales en tránsito a la ley que regula el acto jurídico originario de la constitución o de la pérdida de dichos derechos, o a la ley del lugar de expedición de los bienes corporales. La elección de las partes no es oponible a terceros”.

⁴⁹ Von Hein, J. (2011), “Party Autonomy in International Property Law: A German Perspective”, en Westrick, R. y Van der Weide, J. (eds.), *Party Autonomy in International Property Law*, Múnich, Sellier European Law Publishers, p. 113.

ses Bajos incorpora la autonomía de la voluntad de las partes en materia de bienes destinados a la exportación, en relación con los cuales las partes pueden acordar la aplicación del ordenamiento jurídico del Estado de destino, bajo ciertas circunstancias (libro 10, artículo 10:128, párrafo segundo).⁵⁰ El Código Civil de Rumania de 2011⁵¹ incorpora en su artículo 2615, párrafo 3, la autonomía de la voluntad en el sentido de que es posible la elección entre el ordenamiento jurídico de origen (*lex originis*) o el de la ubicación (*lex rei sitae*) en materia de bienes muebles en general. De manera específica, la legislación rumana contempla expresamente que esa misma regla es aplicable para situaciones que recaigan sobre bienes culturales.⁵²

⁵⁰ Dutch Civil Code. Wet 19 mei 2011 tot vaststelling en invoering van Boek 10 (Internationaal privaatrecht) van het Burgerlijk Wetboek (Vaststellingsen Invoeringswet Boek 10 Burgerlijk Wetboek) Staatsblad 2011, 272. Book 10 – On the Conflict of Law. Citado en Kieninger, E. M. (2014), *Rechtswahlfreiheit in Sachenrecht?...*, cit., pp. 407 y ss.

⁵¹ New Civil Code. Law 287/ 2009 published in the Official Gazette no 511 of 24 July 2009, subsequently amended and supplemented by Law 71/ 2011, published in the *Official Gazette* no 409 of 10 June 2011, art. 10.128, párrafo 2: “...las partes pueden acordar que los efectos reales de una retención de la titularidad de una cosa destinada a ser exportada se regirán por la ley del Estado de destino si, de acuerdo con esa ley, el derecho del vendedor de la propiedad no se perdiera hasta que el precio le haya sido pagado por completo. Una designación (elección de ley) acordada como tal solo tendrá efecto si la cosa realmente se importa en el Estado de destino designado” (traducción propia).

⁵² Para profundizar sobre el tema referido a la autonomía de la voluntad, se puede consultar Wilderspin, M. y Muir Watt, H. (2017), “Party Autonomy”, en Basedow, J., Rühl, G., Ferrari, F. y Asensio, P. M. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, pp. 1336-1341; Kono, T. (1994), *Kulturgüterschutz im japanischen IPR...*, cit.; Jayme, E. (1994), *Neue Anknüpfungsmaximen...*, cit., p. 135; Jayme, E. (1994), *Diskussion...*, cit., p. 136; Kieninger, E. M. (2014), *Rechtswahlfreiheit in Sachenrecht?...*, cit.