

**EL TEMA DE LA COMPETENCIA JUDICIAL
INTERNACIONAL EN EL ÁMBITO DE LA OEA: BALANCE
Y PERSPECTIVAS; LO QUE QUEDA POR HACER**

EDUARDO VÉSCOVI*

* Profesor Adjunto de Derecho Internacional Privado de la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay.

Sumario: I. Introducción: Justificación de la Elección del Tema. II. El Tema de la Competencia Internacional: 1. Concepto e Importancia. 2. Algunos Conceptos Importantes para Comprender el Estado Actual del Tema de la Competencia Internacional: A. Competencia Directa e Indirecta. B. Foros Concurrentes y Foros Exclusivos. C. Foros Razonables y Exorbitantes. D. Foros de Sumisión. E. Foros Especiales por Razón de Materia (Foros de Protección). F. Foro de Necesidad y Fórum Non Conveniens. G. Problemas que Alteran las Reglas de Competencia. III. El Derecho Positivo en Materia de Competencia: 1. Situación del Tema Competencial en las Américas: A. En Materia Convencional. B. En Materia de DIP Nacional. 2. Mención relativa a Estados Unidos de América y Europa. IV. Balance: Perspectivas

I. Introducción: Justificación de la Elección del Tema

Bajo el título fue nuestra intención abordar en el curso el tema de la Competencia Judicial Internacional, poner de relieve su importancia, realizar un balance del abordaje que el tema ha merecido -sobre todo en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos (OEA)- y trazar un panorama de futuro con perspectiva hacia una regulación moderna, teniendo en cuenta algunas soluciones de derecho comparado y analizando los complejos problemas que el tema involucra.

La OEA, en especial a través de la Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP), ha cumplido un papel esencial en el desarrollo regional del Derecho Procesal Internacional, pues ha abordado con éxito varios capítulos centrales de esta disciplina: Cooperación Judicial Internacional, incluida la cautelar, y eficacia de las sentencias extranjeras.

Sin embargo, el tema de la Competencia Judicial Internacional -directa e indirecta-, si bien fue abordado, lo fue parcialmente y con poco éxito. La única Convención sobre el tema, que es de Jurisdicción Indirecta (La Paz 1984) no ha alcanzado más que dos ratificaciones a casi 30 años de celebrada¹.

No se trató de un descuido y menos de un olvido, sino que el tratamiento del tema tropezó con dos dificultades fundamentales: en primer lugar su gran trascendencia (pues su regulación termina por marcar, de algún modo, la frontera jurídica de los Estados); y en segundo lugar la dificultad del abordaje de su compleja casuística, que plantea problemas técnicos y de política legislativa.

Queda pues, en esta materia en las Américas, mucho por hacer. Y será sin duda, el grupo de jóvenes asistentes al Curso de Río de este año 2013, un selecto objetivo

¹ Según la información de la página web de la OEA, la Convención sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras fue ratificada por México en 1987 y Uruguay en el 2004.

para implantar el germen de la inquietud por esta temática y su trascendencia. En ese marco se sitúa pues el contexto de justificación del tema seleccionado.

Los objetivos fundamentales han sido: en primer lugar, tratar de que los asistentes comprendan (y compartan) la importancia del tema, y su especial trascendencia como pivote fundamental para el desarrollo de las relaciones internacionales, para que la justicia no se detenga en las fronteras de los Estados, sino que exista continuidad jurídica, sobre todo en base a la previsibilidad, certeza y reconocimiento de las soluciones en todos los ámbitos (derecho civil, de familia, laboral, comercial, etc.).

En segundo lugar, la formulación de un relevamiento del estado actual de la cuestión, con el objetivo de, sobre la base de lo existente, analizar y proyectar los cambios imprescindibles y la nueva regulación que el tema requiere. Para ello se analizaron, además de los problemas teóricos, algunas soluciones de derecho comparado y también casos prácticos.

Finalmente, se intentó orientar el análisis hacia la implementación de una propuesta de ideas básicas, desprovistas de preconcepciones e impregnadas de soluciones de fuerte contenido internacionalista; para tratar de derribar las barreras locales y demostrar que las mismas no tienen razón de ser, y están sobre todo, en la mente de las fuentes de decisión más que en la realidad.

Pues en definitiva, la tarea de realizar y lograr aprobar una buena y moderna Convención sobre la Jurisdicción Internacional en las Américas, es una tarea en la que nuestra generación ha fracasado. Es de esperar que la de quienes este año han concurrido al Curso de Río, no tengan que realizar la misma confesión dentro de 30 años, para ello deben captar la importancia del tema, la necesidad de una regulación en este sentido, y asumir el desafío.

II. El Tema de la Competencia Internacional

1. Concepto e Importancia

La concepción clásica del Derecho Internacional Privado (DIP), basada en el conflicto de leyes plantea como objeto del DIP la resolución del conflicto de leyes. A lado de este conflicto -se mencionaba siempre-, aunque en una especie de segundo escalón, el del conflicto de jurisdicciones. En suma, el objeto del DIP se concentraba en cada situación en determinar cual era la ley aplicable, y también en caso de conflicto, cual era la jurisdicción competente. Hoy la concepción sobre el objeto es sin duda más abarcativa, y se desarrolla de forma paralela al llamado pluralismo metodológico: integran el DIP, tanto las normas formales como las normas materiales, las normas de policía; todas ellas tienden a dar respuesta al mismo fenómeno: situaciones de la vida que trascienden la frontera física y jurídica de un Estado, y que afectan, por lo tanto, a más de un orden jurídico.

No es nuestro interés hoy incursionar especialmente sobre el objeto del DIP. Pero sí poner la atención en lo que tiene que ver con la temática de la competencia internacional. Cualquier manual de DIP hoy dedica sus páginas al tratamiento del tema de la ley aplicable; pero también forma parte del mismo, en calidad de capítulo central, el tema de la jurisdicción internacional. Y, al lado de este último tema, se trata también acerca de otra cuestión bien importante: la eficacia de las resoluciones jurisdiccionales extranjeras, fundamentalmente –aunque no exclusivamente- de las sentencias extranjeras.

Puede afirmarse entonces, que la preocupación de los autores de DIP gira sobre ese tríptico, para la resolución de los casos concretos: la determinación de la norma aplicable, puede ser esta ley local o norma material internacional; en caso de existir controversia sobre determinada situación, cual es el juez competente llamado a decidir; y “last but not least” la investigación acerca de si la eventual resolución de ese juez, será o no reconocida y cumplida por otro juez extranjero².

En los diversos sectores de la vida de relación, civil, comercial, laboral, familia, etc. es común que las cosas se desarrollen de modo normal, y si ello no sucede, que los conflictos o controversias se resuelvan mediante conversaciones amigables, tratativas, consensos y demás. Pero aunque se trate de la minoría de los casos, en no pocas ocasiones las controversias se agudizan, no pueden ser resueltas de modo amigable, hasta que una o ambas partes, toma la resolución de consultar un abogado, y acudir a la justicia al sentir que sus derechos están siendo vulnerados. Por cierto que cuando la situación planteada trasciende las fronteras, el particular -futuro litigante- y su abogado se plantean de modo inmediato los tres problemas a que hacíamos referencia arriba, aunque quizás no en el mismo orden en el cual los habíamos mencionado: posiblemente se pregunten antes que nada ante el juez de que país deben concurrir³; seguidamente que ley aplicará dicho juez para la resolución del conflicto; y, finalmente, si la resolución a recaer será o no reconocida por el juez de otro estado en el cual pueda ser necesario aplicar coercitivamente la resolución recaída.

Tan importante es el tema competencial, que ocupa con carácter de protagonista central, dos de esos tres problemas: en forma directa en el segundo, y en forma indirecta en el tercero, ya que en todos los Sistemas Normativos que disciplinan la eficacia de la sentencia extranjera, está siempre presente como requisito para dicha eficacia el análisis competencial del juez que dictó el fallo cuya eficacia se pretende. Y más todavía, de los cuatro requisitos que generalmente están

² Así lo plantea, por ejemplo, la Profesora Cecilia Fresnedo en su “Curso de Derecho Internacional Privado”, Tomo I – Parte General – al dar respuesta a la interrogante de como y para que surge el DIP, pág. 9 y sigts.

³ Aunque hay sistemas, como el uruguayo, en el cual el orden es precisamente el contrario, ya que debe determinarse primero cual es la ley aplicable y a través de ella se establece uno de los criterios de asunción de competencia, siendo competente es el Juez de la ley aplicable.

presentes en la normativa sobre eficacia de la sentencia extranjera⁴; el que plantea en la práctica mayores dificultades, discusiones y oposiciones, es justamente, el de la Competencia Internacional, aunque muchas veces, asociado a él, se plantean también cuestiones de orden público o de imposibilidad de ejercer defensas.

Pero el tema no sólo es importante en los casos en que las controversias hacen crisis y, al no recibir solución negociada, comienza a plantearse en el horizonte el litigio judicial, sino también en casos en los que las personas buscan, a través del asesoramiento profesional, anticipar y prever los posibles conflictos que puedan suscitarse. El lector podrá pensar que me estoy refiriendo, por ejemplo, a la contratación internacional, casos en los que es común incluir cláusulas de elección de ley y jurisdicción o cláusulas compromisorias, todas destinadas a prever conflictos futuros. Y es así, pero también, consultan con carácter previo muchas veces los matrimonios, las personas que se van a casar en relación a su futuro régimen de bienes, los padres o madres respecto a situaciones conflictivas con el otro progenitor respecto de sus hijos, los que quieren testar, los que trabajan o van a trabajar para una compañía en el exterior, ya sea yendo o desde sus casas, etc. En el fondo de todas estas situaciones, aunque no hay conflicto actual, si lo hay o puede haberlo potencialmente; y las personas medianamente previsoras desean saber que pasa si mañana tienen un problema, si pueden hacer hoy un documento que las ampare, y si en el futuro el juez competente reconocerá la validez de ese documento, eventualmente donde se llevará a cabo el juicio y si la decisión judicial que recaiga será reconocida en el extranjero.

No es necesario recordar, que constituye un rasgo esencial del derecho la coercibilidad; es decir la posibilidad de que en caso de que alguien desobedezca abiertamente o pretenda desconocer el mandato de la ley o de una sentencia, existe la posibilidad de solicitar el cumplimiento forzado de la misma. Porque si, por ejemplo, un juez dice que tal persona debe pagar una cantidad de dinero por pensión alimenticia, pero el obligado trabaja en el extranjero, será necesario que el juez extranjero reconozca la eficacia de ese fallo para que el mismo se cumpla efectivamente. En el mismo sentido y aún con mayor dramatismo, si un Juez dispone se lleve a cabo la restitución internacional de un menor que fue llevado al exterior en violación de los derechos de su guardador, es necesario que el Juez del país al cual el menor fue llevado reconozca y ejecute el fallo. También si un juez dicta un fallo en materia de responsabilidad extracontractual condenando a una parte a resarcir a la otra, si el condenado se domicilia en un Estado distinto al del juez que dictó el fallo, será necesario que el juez del domicilio lo reconozca y lo ejecute sobre los bienes del demandado. Todo el derecho y todos los sistemas judiciales están basados en estas premisas, lo cual coloca al tema competencial, ya sea directamente o indirectamente, esto es a través del reconocimiento de la

⁴ Competencia del Juez que dictó el fallo, debida notificación del demandado y adecuadas posibilidades de defensa por su parte, carácter definitivo o ejecutoriado del fallo, y no oposición al orden público internacional local.

eficacia del fallo extranjero, en el primer plano de la consideración por parte del jurista y del operador del derecho.

No obstante, como veremos, a pesar de la considerable trascendencia que tiene el tema competencial, el mismo no ha tenido –en las Américas- la atención que se merece. Más bien, podría decirse que, precisamente por esa trascendencia, no ha recibido la atención que se merece. La situación me hace acordar a lo que sucedía hace algunas décadas en hogares muy circunspectos, en los que se saludaba siempre correctamente, se comía a la hora fija, se hablaba de temas intrascendentes y ajenos, pero de los problemas esenciales que aquejaban a la familia y sus integrantes no se hablaba. No hay en las Américas acuerdos generales sobre jurisdicción directa ni indirecta, tal vez sea la excepción más marcada la Convención de La Paz sobre Jurisdicción Indirecta en CIDIP III, que ha logrado muy pocas ratificaciones⁵. Ya veremos más adelante cual es, a ese respecto, la situación actual.

Sin embargo, si profundizamos en la reflexión sobre el punto, nos damos cuenta que sí se logran acuerdos cuanto hay un interés concreto detrás. En los últimos 25 años todos los países de las Américas han firmado y ratificado seguramente centenas de los llamados Tratados de Protección de Inversiones. Todos ellos son diferentes pero todos tienen algo en común, la matriz es similar. Los inversores buscan seguridad jurídica para sus inversiones y no están dispuestos a que, si tienen un problema, el mismo sea sometido a los tribunales locales del país en el cual realizan la inversión, sobre todo cuando el estado local es parte en el conflicto. Y los países se han dado cuenta que si desean atraer inversiones deben suscribir estos tratados. Más allá de diferencias puntuales ¿Cuál es el contenido básico de estos tratados? Los tribunales locales –que podrían ser- por su íntima conexión con el caso, los naturalmente competentes para resolver estas contiendas, no lo son, y en su lugar, las mismas deben dirimirse ante organismos especializados, como el CIADI, por ejemplo. Quiere decir que cuando hay necesidad y un interés fuerte detrás, se logran acuerdos de jurisdicción, aún el más duro de los acuerdos, como lo es, sin duda, excluir de la jurisdicción de un determinado país los conflictos del Estado con quienes inviertan en ese país.

Sin embargo, al menos hasta la fecha, no ha habido ámbito apropiado para la celebración y aprobación de instrumentos internacionales generales para el continente, que incluyan reglas claras de jurisdicción, no para los inversores, sino para Juan y María, víctimas de un accidente de tránsito, o de un incumplimiento contractual, o titulares de un crédito laboral internacional, o actores o demandados en un proceso de disolución y liquidación de sociedad conyugal con bienes en varios Estados. La situación deja al desnudo un flanco realmente oscuro de nuestra realidad: cuando alguien poderoso, como los inversores, tiene una necesidad,

⁵ Me refiero a la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras, suscripta en CIDIP III en La Paz en 1984, que hasta el momento ha recibido, como se explicó, solo la ratificación de México en 1997 y Uruguay en el año 2004.

favorecida también por la necesidad aún mayor de los Estados, la respuesta aparece (Tratados de Protección de Inversiones); pero cuando la necesidad es de los pueblos (“de la gente”) no parece que a los gobiernos le interese atender el tema, por lo contrario, la actitud es no encararlo porque es arduo, las negociaciones son especializadas y difíciles, el tema no tiene “prensa, y la ausencia de regulación no es motivo de crítica organizada; y por tanto no tiene “costo” político. Pero bien que, para el que lo padece, puede ser un grave problema de vida.

La CIDIP -como veremos- hizo sus esfuerzos y en su seno se acuñaron muchas normas de jurisdicción, pero las propuestas más ambiciosas, no llegaron a concretarse.

Cabría preguntarse cuáles son las causas reales de la grave dificultad que nuestra región ha encontrado para llevar a cabo acuerdos sobre jurisdicción internacional. Quizás los Estados sientan que la firma y ratificación de un tratado de este tipo supone una pérdida o mengua de Soberanía. En realidad los acuerdos de competencia involucran casi necesariamente el tema de la permeabilidad a los fallos extranjeros, o sea está en juego la delimitación de las fronteras jurídicas de los Estados (hay fronteras físicas, fronteras fiscales, fronteras aduaneras, fronteras en materia de comunicación, etc.). Lo cierto es que hay miedos de diversa naturaleza, que justificados o no, han impedido a la región avanzar en este sentido. A la luz del Código Bustamante y de los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, cabría preguntarse si antes era más fácil, no había tanta comunicación, y los casos multinacionales muchos menos.

Quizás la globalización y la judicialización de todos los problemas de la sociedad -sin duda señalados caracteres de los últimos años- provoquen la existencia de muchos más intereses en juego, por el aumento de la cantidad y calidad del tráfico externo; y ello contribuya a que sea difícil tomar decisiones en la materia.

Están también los intereses corporativos, como los de los profesionales del derecho, que defendemos con obstinación nuestras respectivas “chacras” y rechazamos toda solución que favorezca la internacionalización de nuestras profesiones, intentando que nuestros tribunales sean competentes en la mayor cantidad de casos posibles, pues eso significa ocupación y trabajo.

2. Algunos Conceptos Importantes para Comprender el Estado Actual del Tema de la Competencia Internacional

A. Competencia Directa e Indirecta

Esta distinción, que ha sido básica en el Sistema Interamericano, tenderá a desaparecer en la medida en que avance la regulación por medio de tratados del tema de la jurisdicción internacional, pues se acercará la necesaria identificación entre las normas que regulan ambos tipos de competencia. Pero todavía en las Américas, estamos lejos de llegar a eso; por tanto, la distinción todavía es importante.

En la jurisdicción directa el juez analiza su propia jurisdicción para entender en un proceso con elementos extranjeros relevantes, a efectos de tramitar el proceso de conocimiento y dictar una sentencia. En la jurisdicción indirecta el juez analiza la competencia del juez extranjero que ya dictó un fallo, a efectos de ver si se cumplió el requisito de la competencia para reconocer y ejecutar ese fallo en el Estado Receptor.

En la primera un juez decide sobre su propia competencia, conforme a sus normas con la finalidad de asumir o declinar jurisdicción para entender en determinado caso que recién ha comenzado.

En la segunda un juez decide acerca de la competencia de otro juez extranjero conforme a sus normas o las normas de aquel (depende de la solución derecho positivo), para ver si ese juez era competente para conocer de un caso que ya finalizó con sentencia con el fin de evaluar si se reconocerá y ejecutará esta sentencia ya dictada en el extranjero en el propio país.

Como se comprenderá ha sido más fácil que los Estados se pongan de acuerdo en normas sobre competencia indirecta que directa, porque puede ser que un Estado no acepte dentro de su derecho positivo determinado criterio de competencia, pero que no considere a dicho criterio absurdo ni abusivo, de manera que si otro Estado si lo acepta, pueda aceptarse de buen grado una sentencia que proviene de ese estado cuyo juez asumió en base a ese criterio.

Fue por ello que -luego de discutir extensamente sobre cual debería ser la conexión en relación a la jurisdicción indirecta, si la del foro receptor del fallo (solución más territorialista) o la del foro emisor del fallo (solución más permeable al fallo extranjero), soluciones ambas formales y “extremistas- se abordó la Convención de La Paz sobre Jurisdicción Indirecta mediante normas materiales, intentando avanzar por el “camino del medio”. Como ya dijimos, aunque las soluciones de la referida Convención tampoco fueron demasiado “osadas” que se diga y eran más las excepciones que las reglas. La referida Convención tampoco logró mayor aceptación.

B. Foros Concurrentes y Foros Exclusivos

Como se sabe en materia de DIP lo más frecuente son los foros concurrentes, y la excepción los foros exclusivos. La elección de los criterios de jurisdicción dependerá de un conjunto de circunstancias y de diversos criterios, por ejemplo: domicilio del demandado, Fórum Causae (quiere decir juez de la ley aplicable, o sea criterio de Asser), lugar de ubicación del inmueble o lugar de producción del hecho dañoso, o el foro elegido por las partes.

Los Foros Exclusivos se dan cuando existe una fuerte vinculación del caso con un Estado, tienen carácter excepcional y son de interpretación restrictiva (inmuebles, registros, recursos mineros, etc.).

Al haber –normalmente- varios foros concurrentes, han de existir para un determinado caso concreto, varios jueces potencialmente competentes, lo que provoca que se presenten, de modo frecuente, problemas de litispendencia y conexidad internacionales. Pocos sistemas tienen una reglamentación adecuada y completa de todos estos problemas (la tienen solo para la interna: acumulación de pretensiones, de procesos, litispendencia, conexidad, etc.), pero las normas internas no son, en todos los casos, adecuadas para resolver los mismos problemas, cuando se presentan en el ámbito internacional, lo que nos lleva a que la aplicación de soluciones analógicas pueda ser discutible en algunos casos. Porque, por ejemplo, en la esfera interna de los países, el conflicto de competencia entre dos órganos del Poder Judicial, normalmente lo decide el Tribunal Superior, pero internacionalmente no existe tal tribunal, por lo que el sistema se transforma muchas veces en imprevisible, falto de certeza, etc.

Dentro de la variedad de foros concurrentes, que deben ser seleccionados en base a criterios objetivos y razonables, se ha producido, sobre todo en el sistema angloamericano, la deformación de llamado Fórum Shopping, que supone una elección abusiva de un foro –e indirectamente también de un derecho- que es particularmente extraño y perjudicial para el demandado y favorable al actor. Como se afirma, el problema no es que haya demandantes perversos, sino sistemas que permiten estos manejos porque son excesivamente generosos con su jurisdicción⁶.

C. Foros Razonables y Exorbitantes

Los criterios de jurisdicción se consideran razonables, si tienen una vinculación cierta con el objeto del litigio, permiten una adecuada posibilidad de defensa para el demandado, y se basan en criterios de aproximación objetiva del caso al foro.

Lo opuesto son los foros exorbitantes, en los que la aproximación es forzada o arbitraria⁷.

Los foros razonables pues cumplen con un índice de vinculación suficiente del caso con el foro, en cambio los foros exorbitantes toman en cuenta un aspecto meramente accidental o tangencial, buscando atraer a alguien a una jurisdicción no natural, en beneficio de una parte y en perjuicio de la otra.

Estos foros están prohibidos por el Convenio de Bruselas pero sólo para Estados Comunitarios.

⁶ “Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR, coordinado por el Prof. Diego Fernández Arroyo, Zavalia Editor, Año 2003, Buenos Aires, página 161.

⁷ Sobre este tema de los foros razonables y exorbitantes es altamente recomendable la lectura del libro citado, “Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR, coordinado por el Prof. Diego Fernández Arroyo, Zavalia Editor, Año 2003, Buenos Aires. Páginas 151 y siguientes.

D. Foros de Sumisión

El problema de la autonomía de la voluntad, la discusión sobre su recepción, tanto a nivel de ley como de elección de foro, ha estado presente en gran parte de la historia del DIP. Su fundamento último radica en el “Pacta Sunt Servanda” o sea que el principio posee una muy buena genética. Tiene aceptación plena en la esfera interna de los Estados; sin embargo, ha planteado tradicionalmente grandes resistencias en lo internacional. Si analizamos cuales han sido –y son todavía- las razones para dichas resistencias, podemos mencionar algunas que se suelen alegar: pérdida de soberanía, distancia física, dificultad de idioma, desconocimiento, en definitiva rechazo a lo extranjero, en todos los casos porque se eligen foros extranjeros, pero no se piensa en cuando la elección es del foro local. Se han alegado también algunos temas de principios: acceso a la justicia, debido proceso y derecho de defensa, siempre cuando debe litigarse en el extranjero, y sobre todo, abuso de partes fuertes.

No parece haber hoy en día ninguna razón suficiente para rechazar de plano este tipo de foros, sino todo lo contrario, y solamente –quizás- cuando se trate de imposiciones abusivas que comprometen el derecho de defensa, marcar algunas excepciones, aunque las más frecuentes ya se abarcan por normativa especial como el foro del consumidor, por ejemplo.

E. Foros Especiales por Razón de Materia (Foros de Protección)

Los foros generales toman en cuenta un elemento que existe en todos los supuestos, como por ejemplo el domicilio del demandado; los foros especiales refieren a supuestos específicos que se dan en determinadas materias o a determinados tipos de conflictos, como el lugar de cumplimiento del contrato o el lugar de pago de un documento. Existen algunos foros especiales que tienen cierta carga valorativa vinculadas a las llamadas normas de conflicto materialmente orientadas, que suponen que la elección del foro se realiza tomando en cuenta el interés de la parte teóricamente –y a priori- más débil: el foro del trabajador, el foro del acreedor alimentario, el foro del menor, etc.

Estos foros son llamados “Foros de Protección” y, como decíamos, buscan acercar el foro a la parte más desfavorecida de la relación (consumidor, afectación del medio ambiente, responsabilidad por el hecho de los productos, etc.).

F. Foro de Necesidad y Fórum Non Conveniens

El Foro de Necesidad es la solución a una trampa que puede en algunos casos plantear el DIP porque, precisamente, la regulación de la competencia se realiza por parte de los Estados a través de normas de DIP nacional, y no mediante tratados, aunque, bueno es aclararlo, la presencia de estos últimos tampoco impide, en ocasiones, que el problema se plantee. Hay a veces casos en los cuales los jueces de los Estados involucrados en la relación jurídica entienden que no son

competentes. Estos conflictos negativos de jurisdicción, que en la esfera interna de los Estados tienen solución a través de la decisión de un tribunal superior, no la tienen en la esfera internacional. Para ello la doctrina ha acuñado el término de Foro de Necesidad, el que se funda en el derecho humano de acceso a la justicia para señalar aquellos casos en los que ningún tribunal se considera competente, a pesar de lo cual, igualmente debe asumir jurisdicción en determinado caso. Las legislaciones más modernas en algunos países han recibido este concepto y legislado sobre el mismo⁸.

Como se puede apreciar, se trata de casos excepcionales en los cuales un juez que no se considera competente, igualmente debe asumir para evitar la denegación de justicia.

Distinto caso es el del *Fórum Non Conveniens*, en el cual un juez que se considera competente, declina porque entiende que hay otro juez que también es competente, pero que se encuentra en mucho mejores condiciones de dictar una sentencia justa, ya sea porque tiene más vínculos con el caso, porque tiene mejor acceso a los medios probatorios, en definitiva por la concentración en otro Estado de los elementos fundamentales del caso o por la necesidad de ejecutar la decisión en otro país. Este instituto, que proviene del *Common Law*, ha comenzado a ser analizado y tener cierta receptividad en los ámbitos latinoamericanos, al punto de que algunos países lo incorporan en sus proyectos⁹.

G. Problemas que Alteran las Reglas de Competencia

Un análisis de antecedentes con la intención de tomar posición sobre las ideas centrales que deben manejarse para la confección de un Acuerdo sobre Jurisdicción

⁸ Art. 3º Ley Suiza: “Cuando la presente ley no prevea algún foro en Suiza y un proceso en el extranjero no se revele como posible o, cuando no se pueda razonablemente exigir que allí sea introducido, tendrán competencia los tribunales suizos del lugar con el cual el supuesto tenga suficiente relación.”

El numeral 8 del artículo 56 (relativo a la jurisdicción internacional) del Proyecto de Ley de DIP a estudio del Parlamento uruguayo, establece que los tribunales uruguayos serán competentes:

“...8. Cuando, aun careciendo de competencia en la esfera internacional según otras normas de la presente ley, se cumplan acumulativamente los siguientes requisitos:

- a) la intervención del tribunal sea necesaria para evitar denegación de justicia;
- b) que la causa se revele de imposible juzgamiento en otro Estado o no sea posible razonablemente exigir que la demanda sea promovida en el extranjero;
- c) el caso tenga vínculos relevantes con la República;
- d) sus tribunales estén en condiciones de garantizar el debido proceso; y
- e) la sentencia que se dicte sea susceptible de cumplimiento o ejecución.

⁹ El proyecto argentino de Ley de DIP, establece en su Art. 6º: “*Un Tribunal argentino competente podrá, excepcionalmente y a petición de parte, declinar competencia si estima que las autoridades de otro Estado son más adecuadas para resolver el litigio.*”

Americana, no puede evitar la mención de ciertos temas que, frecuentemente, alteran las reglas de competencia.

Me refiero, en general, a los casos de acumulación –objetiva y subjetiva- de pretensiones. Un mismo acontecimiento –por ejemplo un accidente en materia de transporte- puede dar motivo a varios accionamientos, todos ellos conectados por la señalada identidad causal, aunque de diversa naturaleza, por ejemplo contractual y extracontractual. Ello puede llevar a que se materialicen acciones y proceso en varios Estados, siendo necesario que se acumulen en uno de ellos. Esto, que en la esfera interna de los Estados es natural y frecuente, no lo es en la esfera internacional. Cabe preguntarse entonces, si no habrá llegado el momento de analizar y regular las hipótesis de acumulación internacional de procesos, en virtud del conocido Principio de Continencia de la Causa¹⁰.

En relación a la acumulación subjetiva, también debe haber reglas, pues el más sencillo de los criterios de jurisdicción, como lo es sin duda el domicilio del demandado, puede causar problemas, si los demandados –por ejemplo- se domicilian en varios Estados, más aún si se trata de litisconsortes necesarios. Lo mismo puede decirse respecto de la intervención de terceros en el proceso, sobre todo en los casos de intervención provocada, pues la voluntaria conlleva necesariamente la aceptación del foro que está entendiendo. Respecto de la citación en garantía, por ejemplo, deben articularse normas que conjuguen los principios de la competencia regulados, y la razonable oportunidad de defensa de los terceros llamados a juicio, tema que, ciertamente, no es sencillo y plantea aristas especiales en la esfera internacional.

Finalmente, pienso que no puede eludirse el abordaje de otro instituto, que está íntimamente relacionado con todo esto, que es la litispendencia internacional, cuya regulación también plantea especiales dificultades, especialmente por su vinculación íntima con la cosa juzgada.

La tarea pues no es sencilla, si se quiere ir a fondo, pero tampoco admite demoras, pues las personas físicas y jurídicas necesitan de normas que les permitan y habiliten la necesaria certeza en las relaciones internacionales.

III. El Derecho Positivo en Materia de Competencia

1. Situación del Tema Competencial en las Américas

No encaramos este punto con la intención de llevar a cabo un análisis detenido y profundo del marco normativo, sino apenas un inventario muy primario y general de las normas de derecho positivo, tanto de fuente internacional como interna, que

¹⁰ Según el cual las pretensiones conexas entre si deben debatirse en un mismo juicio, y ser decididas, en tanto sea posible, por una misma sentencia (Eduardo J. Couture, Vocabulario Jurídico, Depalma 1983, pág. 173).

refieren al tema de la competencia internacional con cierto grado de generalidad. A poco que se vea este marco normativo, no habrá otro remedio que concluir en su absoluta insuficiencia, lo que provoca en las relaciones internacionales y en los eventuales futuros litigantes una absoluta inseguridad por la falta de certeza y previsibilidad en las soluciones.

A. En Materia Convencional

Podemos mencionar en esta parte a los Tratados de Montevideo, de 1889 y 1940, en particular los de Derecho Civil que contienen normas generales de competencia, aunque también los de derecho comercial tienen algunas específicas sobre esa materia. Por supuesto, en un mismo plano con los anteriores, el Código Bustamante, que también tiene normas de competencia internacional.

Un poco por debajo de los anteriores, el Acuerdo Bolivariano sobre la Ejecución de Actos Extranjeros de 1911, vigente entre algunos de los Estados de la Comunidad Andina (CAN), que es similar en lo concreto al Tratado de 1889.

Como instrumento internacional más moderno y específico la Convención de La Paz (1984) sobre Jurisdicción Indirecta -ya mencionada- aunque con apenas dos ratificaciones.

Y como instrumento aún más moderno, en el ámbito del MERCOSUR, el Protocolo de Jurisdicción en Materia Contractual, que tiene normas sobre jurisdicción sobre esa materia y que está vigente entre los países del MERCOSUR.

B. En Materia de DIP Nacional

Tampoco es nuestro propósito, ni es este el ámbito, para un estudio completo y comparado sobre las normas de jurisdicción internacional de fuente nacional de los distintos países de la región¹¹. Pero cualquiera sea la nación que se analice, se llega a similares conclusiones: las normas no son demasiado claras, no están muy desarrolladas y tampoco son muy modernas. En particular tampoco son demasiado internacionalistas, sino que más bien han sido concebidas desde un chauvinismo medio arcaico y recalcitrante, más bien a modo no de establecer un sistema claro, racional e imparcial de reglas para dirimir jurisdicciones, sino con la intención de captar el mayor grado de competencia posible para sus tribunales.

¹¹ Sobre el tema merece leerse la parte que le dedica el Prof. Diego Fernández Arroyo en el trabajo de su autoría incluido en el *Liber Amicorum* en Homenaje al Profesor Didier Operti Badán, libro patrocinado por la OEA, publicado por la Fundación de Cultura Universitaria en Uruguay en el año 2005. El trabajo del Profesor Fernández Arroyo se titula “Acerca de la necesidad y las posibilidades de una convención interamericana sobre competencia judicial en casos de derecho internacional privado”, págs. 113 y siguientes. La parte que refiere a esta cita es a partir de la página 126.

Por todo ello, es claro que en general ha de ser preferible, en el ámbito de la regulación de las relaciones privadas internacionales, la regulación por medio de tratados internacionales, que la regulación por leyes nacionales. Quizás el tema de la jurisdicción sea uno de los casos en los que, más que preferible, debería considerarse sumamente ventajosa, cuando no imprescindible, la regulación a través de tratados, en especial por el fenómeno del reconocimiento de la eficacia de la sentencia extranjera, que lógicamente, si bien no está garantida, está mucho más asegurada si el juez competente asumió jurisdicción en el caso en virtud de un tratado aprobado por ambos países involucrados, que en virtud de una ley nacional.

2. Mención relativa a Estados Unidos de América y Europa

Es común mirar en todas las materias, y la jurídica no es la excepción, a las soluciones de los países desarrollados, no para copiar directamente las soluciones, sino para aprender de aciertos y errores, y tratar de mejorar, con la necesaria adaptación que todas las soluciones merecen a nuestra particular idiosincrasia.

Por el lado de Estados Unidos de América (EE.UU.) tenemos con ellos la distancia de base de la diversidad de nuestros sistemas jurídicos, al menos la generalidad de los Estados Americanos de Sur y Centroamérica, aunque las últimas décadas han ingresado a la OEA varios Estados de Derecho Anglosajón. Problemas como el Pre Trial Discovery of Documents, el Fórum Non Conveniens, las Class Actions, los Contingency Fees, las Antisuits Injunctions, los Daños Punitivos y otros, hacen siempre más difícil –aunque ciertamente, no imposible- la posibilidad de acordar.

Todo esto ha hecho muy difícil el entendimiento entre ambos sistemas, la prueba más acabada de este tipo de dificultades ha sido la experiencia de los primeros años de la década del 90 en la que europeos y estadounidenses decidieron avanzar sobre las bases de un posible convenio sobre jurisdicción y terminaron en el Acuerdo de Elección de Foro de La Haya de 2005; conclusión positiva, sin duda, aunque mucho más limitada que los ambiciosos planes del comienzo.

Europa en cambio, ha encarado este tema crucial en forma muy temprana y ha registrado grandes avances, empezando por el Convenio de Bruselas de 1968, el Convenio de Lugano 1988 y más recientemente el Reglamento N° 44/2001, y últimamente el Reglamento UE N° 1215/2012 publicado el 20/12/12 en el Diario Oficial de la Unión (aplicable a partir del 10 de enero de 2015), que consagra, además de las reglas de competencia, la libre circulación de fallos, salvo excepciones.

Los países europeos, se han puesto de acuerdo sobre algunos criterios básicos en materia de competencia hace ya más de 45 años, en el Convenio de Bruselas de 1968. Otros instrumentos jalonaron una evolución hacia lo que llaman la Quinta Libertad Comunitaria (la libre circulación de resoluciones judiciales en el espacio judicial europeo), consagrándose la misma, en el Reglamento UE N° 1215/2012 al suprimirse la necesidad del Exequátur con carácter general, dotando de efectos

extraterritoriales automáticos en todo el ámbito europeo a las resoluciones judiciales, documentos públicos con fuerza ejecutiva y transacciones judiciales en las que haya intervenido una autoridad pública de un estado miembro. En caso de existir oposición y para salvaguardar el derecho de defensa, se establece la posibilidad de control de requisitos que se verificará –solamente- en caso de darse esa eventualidad, no antes.

La consagración de este Principio de la Libre Circulación de los fallos supone un avance cualitativo esencial hacia la realización de una tutela jurisdiccional efectiva, derecho humano fundamental, ya que el amparo judicial frente a una pretensión legítima se concreta no sólo en “decir” el derecho, sino en “hacerlo cumplir” dentro o fuera de fronteras, de modo que el Sistema Jurídico no se vea privado de su rasgo más distintivo, el de la coercibilidad, que otorga fuerza imperativa a las decisiones, por haberse dictado un fallo en un Estado distinto a aquel en donde debe cumplirse.

IV. Balance: Perspectivas

La necesidad de normas en materia de jurisdicción internacional –tanto directa como indirecta- está fuera de toda duda. Si estas normas se aprueban a través de un tratado internacional, tanto mejor. Quizás, como ha sido toda la CIDIP, sea más fácil desde Argentina hasta México, pero no hay que cejar en el esfuerzo por la dificultad de la tarea.

Seguramente en el DIP actual, y en los casos que día a día preocupan a los justiciables –y a sus abogados- sea más importante el tema de la competencia que el de la ley; pues tomando –por ejemplo- un caso sencillo, una compraventa internacional, no será seguramente demasiado importante para las partes cual ley se aplique, pues cualquiera que sea, seguramente el vendedor estará obligado a entregar la cosa en tiempo o lugar convenidos, y el comprador a pagar el precio. Pero la decisión sobre donde se litiga, si en el foro del comprador o el del vendedor, seguramente será cuestión fundamental para las partes.

La CIDIP ha avanzado lo que ha podido, pero lo cierto es que ha hecho mucho más en otras materias que en esta, por ejemplo en normas de cooperación y eficacia de la sentencia extranjera.

El avance en materia de jurisdicción indirecta de la Convención de la Paz, a partir de la discusión en CIDIP II sobre el tema de la competencia en relación a la eficacia debe destacarse, aunque ha tenido poco éxito. Hay también algunas normas de competencia diseminadas en diferentes convenciones (sociedades comerciales, letras de cambio, alimentos, etc.), pero la actual regulación internacional del tema es –sin duda- totalmente insuficiente.

Podría tomarse el Reglamento de la Unión Europea 1215/2012 y trabajar sobre él, tratando de adaptar sus disposiciones, pero no contamos en la región por

el momento con un tribunal que interprete de forma obligatoria el texto. Quizás sea un objetivo demasiado ambicioso, porque se trata de un tratado sumamente extenso y complejo, al que se llegó luego de muchos años de experiencia y a través de una evolución.

Quizás lo mejor sea comenzar primero por acordar ciertos criterios básicos y razonables de jurisdicción: el domicilio del demandado, el establecimiento de algún otro foro concurrente, y la excepcionalidad de los foros exclusivos, que se pueden determinar, aunque sea de modo no taxativo. Pienso que debe aceptarse en principio el foro de sumisión, con alguna restricción que no lo haga ilusorio, en caso de abuso y estando comprometido el ejercicio del derecho de defensa. Pienso también que deben consagrarse como contrapartida algunos Foros de Protección, no excediéndose en esta materia. Debería también consagrarse -en base a alguna de las fórmulas ya conocidas- el Foro de Necesidad, y tomar posición en relación al Fórum Non Conveniens, no necesariamente en contra. Deberían adoptarse soluciones particulares para determinadas materias que así lo requieren: laboral, relaciones de consumo, medio ambiente, concursal, área extracontractual, familia, etc.

Y no debería dejar pasar la oportunidad para abordar -aunque sea en base a una mínima y básica regulación- los problemas de la conexidad de procesos (objetiva y subjetiva), litispendencia, y si queremos ultrapasar a los europeos, también la acumulación internacional, que sería sumamente útil.

Si se avanzará convenientemente en todos estos temas relativos a la jurisdicción, las vallas relativas a la eficacia de las sentencias extranjeras serían prácticamente derribadas y ello redundaría en beneficio de la seguridad jurídica y la previsibilidad de las soluciones, que es también un derecho humano fundamental.

