

**ASPECTOS ESENCIALES  
DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL  
EN VISTAS DE SU REGLAMENTACION INTERAMERICANA**

**DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO\***

---

\* Profesor de la Universidad Complutense de Madrid, Consultor internacional (UE, CAN, BID/MERCOSUR), Miembro de las delegaciones argentinas (OEA-CIDIP VII, UNCITRAL, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado). Los argumentos aquí expuestos retoman argumentos e inquietudes vertidos en otros trabajos, fundamentalmente en “Acerca de la necesidad y las posibilidades de una convención interamericana sobre competencia judicial en casos de derecho internacional privado” (publicado en *Liber Amicorum en homenaje al Profesor Dr. Didier Operti Badán*, Montevideo, FCU, 2005, pp. 113-155, y, con muchas modificaciones, en *DeCITA*, núm. 4, 2005, pp. 80-114) y en “Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales” (que aparecerá en la colección *Recueil des Cours*, de la Academia de Derecho Internacional de La Haya).



SUMARIO: I. Aspectos generales: 1. *Introducción*. 2. *La determinación de la competencia judicial internacional en materia privada*: A) Argumentos políticos (intereses estatales); B) Argumentos jurídicos de fondo (intereses de las partes); C) Argumentos pragmáticos (intereses del comercio internacional); D) Argumentos jurídicos de forma (intereses de los ordenamientos). 3. *Disparidad de modelos*: A) *Common law* vs. sistemas civilistas (o flexibilidad vs. rigidez); B) Obstáculos para la reglamentación internacional de la competencia judicial. II. Reglamentación convencional de la competencia judicial en las Américas: 1. *Sistemas clásicos*. 2. *El “sistema” interamericano*: A) Normas de competencia judicial directa en las convenciones interamericanas; B) El problema de la competencia judicial indirecta en la CIDIP II y la CIDIP III; C) Otros ensayos en materia de competencia judicial en el ámbito de la OEA. III. Competencia judicial en América en el marco de las reglas en vigencia: 1. *Rasgos generales*. 2. *Foros de general aceptación*: A) Domicilio del demandado; B) Foro de necesidad. 3. *Cuestiones necesitadas de reglamentación o reforma*: A) Foro de la voluntad de las partes; B) Eliminación del *forum causae* como regla general; C) Eliminación de los foros exorbitantes; D) Limitación de los foros exclusivos. 4. *Cuestiones conflictivas*: A) Litispendencia; B) *Forum non conveniens*. IV. A modo de conclusión (¿es posible y deseable una reglamentación interamericana de la competencia judicial internacional?).

## I. Aspectos generales

### 1. Introducción

1. Al día de hoy resulta una verdad de Perogrullo que las cuestiones “procesales” y “cooperacionales” del DIPr han desplazado en su interés y desarrollo a las conciernen al derecho aplicable al fondo, las cuales tradicionalmente habían sido consideradas como el contenido esencial -y, en algunos casos, único- de la disciplina. Se trata de un cambio directamente relacionado con el aumento exponencial de casos de DIPr, es decir, con el paso del DIPr académico al DIPr real<sup>1</sup>. Hay varias razones que explican esta evolución. De entrada, si se analiza cómo se ha ido modificando la reglamentación del derecho aplicable en las últimas décadas, se aprecia que muchas soluciones divergentes que otrora provocaban algunos inconvenientes típicos de aplicación (conocidos como “problemas generales” o como problemas de la “parte general”), han ido dando paso a soluciones más homogéneas, cuando no, directamente, a la unificación de soluciones materiales. Así, una parte significativa de los quebraderos de cabeza suscitados por la pugna histórica entre la nacionalidad y el

<sup>1</sup> Ver E. JAYME, «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne», *Recueil des Cours*, t. 251 (1995), pp. 47-48. B. AUDIT, «Le droit international privé en quête d’universalité. Cours général (2001)», *Recueil des cours*, t. 305 (2003), p. 478 (“la situación ha cambiado totalmente con el verdadero desarrollo de las relaciones privadas internacionales a lo largo del siglo XX, hasta colocar hoy en primer plano las cuestiones vinculadas con la administración de las jurisdicciones de los Estados y de la justicia internacional de derecho privado”).

domicilio como puntos de conexión para las relaciones de carácter personal, han perdido relevancia con la generalización del recurso a la residencia habitual; algo similar puede predicarse respecto de lo que sucedía con la utilización del lugar de celebración o el lugar de cumplimiento de los contratos, desde que el caso puede quedar atrapado por una reglamentación de tipo material como la Convención de Viena de 1980 sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías o los Principios del UNIDROIT sobre los contratos mercantiles internacionales (1994/2004). Paralelamente, algunas cuestiones que antes eran tratadas total o principalmente desde la perspectiva del derecho aplicable, ahora se enfocan mucho más desde la perspectiva de la cooperación entre autoridades<sup>2</sup>. La evolución del tratamiento de la protección de los menores por la Conferencia de La Haya es un ejemplo potente en tal sentido.

Otras razones relevantes para el desplazamiento del eje del DIPr tienen un fundamento más bien práctico. Por un lado, hoy igual que ayer los jueces siguen aplicando a un gran número de casos la *lex fori*, actitud que hace que los problemas tratados en el sector del derecho aplicable sean, de hecho, sólo aparentes. En muchos países eso se debe al mantenimiento de la consideración del derecho extranjero como un hecho (cualquiera sea la terminología usada) que las partes deben acreditar y probar. Por otro lado, como muchos casos se agotan en la discusión de la competencia, la jurisprudencia tiene más posibilidades de pronunciarse sobre esta materia que sobre el derecho aplicable. Finalmente, las cuestiones de eficacia de las decisiones y de cooperación entre autoridades se suelen plantear en forma autónoma, tienen su propia idiosincrasia, sus reglas y principios, y el derecho aplicable al fondo les afecta, si lo hace, muy parcialmente.

2. Evidenciado que el sector del derecho aplicable ya no ocupa el centro del DIPr (sobre todo si tal sector es pensado de una forma clásica, conflictual), queda claro que esa plaza la detenta ahora el sector de la competencia judicial internacional. La discusión esencial del DIPr contemporáneo pasa por establecer una forma justa de distribuir los casos privados internacionales entre las distintas jurisdicciones, en aplicación del derecho fundamental de acceso a la justicia en su dimensión privada internacional. Si hay acuerdo sobre unas bases mínimas para realizar esa distribución y dicho acuerdo se complementa con una predisposición a la cooperación internacional en el campo del DIPr (cuya máxima expresión es la cooperación para hacer efectivas las decisiones adoptadas por autoridades extranjeras), los problemas planteados en torno a las relaciones privadas internacionales pueden solucionarse con relativa facilidad. Pero lo cierto es que, con excepción del ámbito integrado comunitario europeo, donde -a pesar de notorios defectos- se ha alcanzado un gran desarrollo de ambas premisas, las cuestiones relativas a la competencia judicial internacional siguen provocando enormes dificultades, tanto prácticas como teóricas.

---

<sup>2</sup> Y, a su vez, la cooperación entre autoridades ha cambiado radicalmente su estructura y funcionamiento. Ver, P. SCHLOSSER, «Jurisdiction and International Judicial and Administrative Cooperation», *Recueil des Cours*, t. 284 (2000), pp. 381 ss.

## ASPECTOS ESENCIALES DE LA COMPETENCIA JUDICIAL...

A mí me parece que hay una profunda contradicción en reconocer el rol primordial de esta materia y no preocuparse por articular unas soluciones válidas para esas dificultades. La Conferencia de La Haya lo intentó, circunscribiendo su trabajo al grueso de las relaciones de derecho privado patrimonial y, como se sabe de sobra, no pudo llegar a buen puerto pese a lo mucho que remó. Sí está siendo posible, en esa sede internacional, establecer normas de competencia judicial al influjo de reglamentaciones sectoriales (protección de menores, alimentos) o muy acotadas materialmente (Convención de 2005 sobre los acuerdos exclusivos de elección de foro). Lo mismo ha sucedido en el marco interamericano, en el cual varias convenciones de la CIDIP han aprovechado las reglamentaciones de derecho aplicable sobre diferentes temas para “mechar” unas pocas disposiciones de competencia judicial. Cuando se intentó, en cambio, una aproximación un poco más general de la competencia (bien que en la faceta indirecta –control de la competencia del juez de origen para el reconocimiento o ejecución de la decisión extranjera-), el esfuerzo no tuvo éxito.

3. Más de veinte años después de aquel intento de la CIDIP III, parece que las circunstancias están dadas de forma diferente como para intentar que la distribución de la competencia judicial de la que antes hablé pueda hacerse sobre bases sólidas y aceptables. No se trataría en ningún caso de un capricho sino de un elemento fundamental para la solución de los casos internacionales, que experimentan un crecimiento exponencial por el aumento rampante de la internacionalización de todos los aspectos de la vida de relación. Es evidente que estamos usando criterios y herramientas de una época que ya pasó. No es aceptable que la comunicación, el transporte, el conocimiento y tantas otras cosas hayan avanzado tanto y el proceso privado internacional siga como en el siglo XIX. Así como el comercio no puede funcionar bien si sólo para plantear una demanda uno tiene que pasarse varios meses, si no años, sin el más mínimo indicio de la efectividad de la sentencia finalmente obtenida después de mucho esfuerzo, tampoco funciona bien la vida personal si resolver un problema de familia internacional implica un calvario procesal en el que actúan distintas jurisdicciones aisladas entre sí. No se trata sólo de mal funcionamiento, en muchos casos se producen auténticas violaciones de la tutela judicial que debe asistir a cada particular.

Por eso afirmo que lo que no ha sido posible a escala mundial tal vez lo sea a escala interamericana y, si allí tampoco se encuentra un ambiente propicio para avanzar por este camino, será la hora en que los Estados latinoamericanos o el grupo de ellos que lo considere necesario (lo más probable y lógico sería dentro de los bloques de integración) tome la determinación de establecer una reglamentación siquiera elemental de la materia. Hoy es el momento en que es imprescindible. Pero se trata, seguramente, de una situación que habrá de variar con el tiempo. De hecho, ya buena parte de la conflictividad del DIPr se ha escapado de los tribunales para encontrar cobijo en otros mecanismos de solución. Mas mientras la mayoría de las controversias que se producen en las relaciones privadas internacionales se sigan discutiendo ante los tribunales, es forzoso mejorar la reglamentación de cómo estos se hacen cargo de dichas controversias.

## ***2. La determinación de la competencia judicial internacional en materia privada***

4. La competencia judicial internacional funciona sobre la base de tres principios: la concurrencia de foros como regla general (la exclusividad es una excepción), la exigencia de razonabilidad en la determinación de los foros de competencia (necesidad de proximidad suficiente entre el caso y el juez competente) y el respeto de los derechos fundamentales vinculados con la competencia (garantías de acceso a la justicia y de defensa en juicio, no discriminación de los litigantes)<sup>3</sup>. Sin embargo, los argumentos que llevan a legisladores y jueces a fundar el ejercicio de la jurisdicción en los casos de DIPr van a menudo por otros derroteros. Así, es dable mencionar una serie de justificaciones que se corresponden (no estrictamente, más bien por aproximación) con determinadas categorías de intereses. Veamos:

### A) Argumentos políticos y económicos (intereses estatales)

5. Durante mucho tiempo era posible afirmar que cada Estado, en virtud de su independencia y de su soberanía, era libre de determinar los casos en los cuales sus jueces y tribunales debían o podían ejercer la jurisdicción correspondiente a dicho Estado. Tal afirmación, cuyas raíces se hunden en las concepciones más territorialistas y nacionalistas del derecho, parece descansar también sobre la falta de un principio de derecho internacional (y más aún de uno de derecho natural) que obligue a los Estados a autolimitar la competencia de sus tribunales cuando las relaciones jurídicas están vinculadas, de forma concurrente o exclusiva, a otros ordenamientos jurídicos. Sin entrar en los aspectos de filosofía jurídica planteados por esta cuestión, es inevitable señalar que dicha afirmación ha perdido una gran parte de su sentido práctico. A partir del momento en que la práctica totalidad de los Estados han, con mayor o menor amplitud, aceptado que las decisiones adoptadas por los tribunales de otros Estados (incluidas las adoptadas por tribunales arbitrales) puedan tener efectos sobre el territorio sometido a su soberanía, ha quedado claramente establecido que la idea de una competencia universal para todas las relaciones de DIPr no se corresponde ni con la realidad ni con las necesidades de la vida contemporánea.

Es verdad que un Estado podría determinar que sus jueces son competentes para todas las demandas presentadas ante ellos, sin consideración de la vinculación con ese o con otros Estados. Pero una actitud de ese tipo exigiría tener en cuenta que: (a) sería abiertamente contradictoria con la participación de ese Estado en las transacciones internacionales; (b) en muchos casos, sería perjudicial, al menos indirectamente, para los intereses del mismo Estado o de sus ciudadanos; y (c) -lo más importante- violaría los derechos fundamentales de las personas implicadas en los litigios. Además, es evidente que -aunque el DIPr

---

<sup>3</sup> E. VESCOVI, *Derecho procesal civil internacional*, Montevideo, Idea, 2000, pp. 16-22, habla de la existencia de cinco principios del derecho procesal civil internacional: jurisdicción razonable, acceso a la justicia, no discriminación del litigante, cooperación como principio y circulación internacional de los fallos.

actual se basa mucho más en la cooperación que en la reciprocidad- si un Estado pretende acaparar todos los casos internacionales, desconociendo además los efectos de las decisiones extranjeras adoptadas sobre bases legítimas y no contradictorias con sus propios valores esenciales, es muy probable que reciba -más temprano que tarde- un tratamiento similar de parte de otros Estados.

6. La utilización del término “interés” respecto del Estado sitúa la discusión en la esfera política, dándole un acusado perfil público. En el ámbito específico del DIPr, el interés del Estado se manifiesta de maneras tan variadas como conocidas<sup>4</sup>. Dentro del sector de la competencia judicial, el art. 25 de la Convención de La Haya de 2005 sobre los acuerdos exclusivos de elección de foro autoriza a los Estados parte a excluir de la misma las materias particulares sobre las cuales ellos tengan “un interés importante”<sup>5</sup>. No es exagerado pensar que se trata aquí del reflejo de una obsesión casi mítica por el interés del Estado, si se toma en cuenta que el art. 2 de la Convención excluye ya de su ámbito de aplicación nada menos que dieciocho materias y que los arts. 6 y 9 consagran la reserva de orden público. Otras veces se habla de la existencia de un interés “especial” del Estado sobre ciertas materias o sobre ciertas personas, interés que suele servir de argumento para justificar la adopción de foros de competencia exclusiva.

7. No debe olvidarse, por otra parte, el interés del Estado en contar con una buena administración de justicia<sup>6</sup> y en que el costo de esta administración no sea demasiado elevado. Los jueces tienen ya suficiente trabajo para cargarlos además con litigios en los cuales las circunstancias o la voluntad de las partes aconsejan la intervención de otras jurisdicciones. La justicia de un Estado encuentra problemas adicionales para funcionar correctamente si sus tribunales deben ocuparse de un volumen exagerado de litigios, entre los cuales varios son difíciles de resolver debido al carácter extranjero de la mayoría de sus elementos. Además, el buen funcionamiento de la justicia exige inversiones y gastos cuya razón de ser se hace menos explicable cuando se trata de solucionar litigios que no tienen una conexión suficiente con el foro. Ahora bien, debe quedar claro que la importancia de estos argumentos no puede llevar en ningún caso a la adopción de soluciones que choquen contra la garantía de acceso a la justicia<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Para ejemplos en el sector del derecho aplicable, ver S. SYMEONIDES, « Of Teleology, State Interests, and Pluralism in Choice of Law : In Loving Memory of Friedrich K. Juenger », en: F.K. JUENGER, *Derecho internacional privado y justicia material*, trad., México, 2006, pp. XXXII-III.

<sup>5</sup> A. BUCHER, « La convention de La Haye sur les accords d'élection de for », *RSDIE*, n° 1, 2006, pp. 33-34, señala que algunos Estados probablemente harán uso de esta facultad en relación con la propiedad intelectual, mencionando los casos de Australia, China y Rusia, países que mantienen un criterio general de exclusividad sobre dicha materia.

<sup>6</sup> Aunque normalmente es presentado separado de los intereses del Estado y a pesar de los beneficios que ella reporta a los particulares, el principio de buena administración de justicia aprovecha sobre todo al Estado.

<sup>7</sup> Por eso manifiesto mis dudas acerca de la solvencia de las normas que condicionan la aceptación de la sumisión voluntaria de las partes a una conexión con el foro elegido (como se ha plasmado recientemente en el art. 6 del Código belga de DIPr).

Del mismo modo, el ensalzado análisis económico del derecho puede aportar elementos interesantes en esta materia siempre que sea aplicado con criterios de justicia e imparcialidad. Un ejemplo a no seguir en este sentido es la decisión de la Corte Suprema norteamericana en *Carnival Cruise* contra *Shute*<sup>8</sup>, un litigio en materia de contratos de consumidores que la Corte decidió a favor de la competencia del foro elegido unilateralmente por la empresa, para resguardar la salud financiera de ésta, pretendidamente puesta en peligro por una acción por un monto insignificante<sup>9</sup>. Pero esto no es sólo una enfermedad norteamericana. Recientemente, uno de los abogados generales del Tribunal de Justicia europeo utilizó el “moderno” *law and economics* para defender la aplicación del foro exclusivo (y, por lo tanto, excepcional) del lugar de situación del inmueble en materia de derechos reales a una acción tendiente a hacer cesar las molestias que eventualmente causaría sobre el inmueble del actor la actividad de una central nuclear situada en otro Estado<sup>10</sup>. El Tribunal, con buen criterio, se mantuvo indiferente a las bellas palabras descartando tal aplicación extensiva del foro exclusivo.

B) Argumentos jurídicos de fondo (intereses de los particulares)

8. Se puede hablar de argumentos jurídicos de fondo en relación con los intereses de los particulares desde la perspectiva de que estos intereses tienen un vínculo estrecho con la sustancia de las relaciones privadas. Hay que pensar sobre todo en la libertad de las partes para establecer y reglamentar sus relaciones jurídicas y al hecho de que las relaciones en cuestión en este contexto son esencialmente de carácter privado. Para empezar, las partes tienen derecho a obtener una solución justa de un tribunal apropiado. El goce de ese derecho constituye un objetivo central del derecho en general y del DIPr en particular. En relación con la competencia judicial, entonces, nada mejor para alcanzar ese objetivo que la configuración del “ambiente” propicio para que los protagonistas de la relación puedan designar -merced a un acuerdo de voluntades- el tribunal encargado de solucionar sus diferencias<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> *Carnival Cruise Lines, Inc. c. Shute*, 499 US 585 (1991).

<sup>9</sup> La gravedad de la decisión es más fácilmente observada cuando se contrastan con la del Noveno Circuito que había negado efectos a la misma cláusula. Ver las justas críticas de F.K. JUENGER, « La jurisdicción general en el derecho norteamericano », *DeCITA*, núm. 4, 2005, p. 597 (“el análisis económico del derecho nunca ha sido peor utilizado”); *id.*, « American Jurisdiction: A Story of Comparative Neglect », *Univ. Colo. L. Rev.*, vol. 65, 1993, p. 16; P.J. BORCHERS, « Forum Selection Agreements in the Federal Courts after Carnival Cruise: A Proposal for Congressional Reform », *Wash. L. Rev.*, vol. 67, 1992, p. 59. Ver, sin embargo, R.A. EPSTEIN, « Consent, Not Power, as the Basis of Jurisdiction », *Univ. Chi. Legal Forum*, vol. 2001, p. 10.

<sup>10</sup> TJCE, 18/5/2006, *Land Oberösterreich c. ČEZ*, as. C-343/04.

<sup>11</sup> Sobre los nuevos aspectos del progresivo reconocimiento de la autonomía de la voluntad en la determinación de la competencia en las normas comunitarias europeas y en la Convención de La Haya de 2005, ver D. COESTER-WALTJEN, « Partiautonomie in der internationalen Zuständigkeit », *Festschrift Heldrich*, Munich, 2005, pp. 549-561.



Claro que eso no significa ignorar la existencia de intereses generales ni el rol que el Estado es obligado a desempeñar en la defensa y promoción de los mismos. Lo que quiero subrayar es simplemente que, una vez reconocida la libertad de las partes y el derecho de acceso a la justicia y constatado el carácter privado de las relaciones jurídicas afectadas, la facultad de elegir el juez competente obtiene de un modo natural el rango de regla general aplicable a todas las materias, sometida, en tanto que regla general, a las excepciones planteadas por la concurrencia con intereses generales superiores. Pero es también la libertad inherente a los intereses de las partes lo que ha permitido una cierta flexibilización de los foros de competencia para algunas materias, sin necesidad de acuerdo previo entre las partes<sup>12</sup>.

9. Si el derecho a obtener una solución justa en un tribunal adecuado es suficientemente reconocido, la tendencia del demandante a buscar el juez más favorable a su pretensión (lo que se menciona habitualmente como *forum shopping*) no tendría nada de condenable en la medida en que los derechos del demandado no se vean afectados<sup>13</sup>. Por otro lado, partiendo del principio de concurrencia de foros, el *forum shopping* se hace casi inevitable. Dadas las dificultades para alcanzar la unificación –siquiera sectorial o parcial- del derecho material, el único camino para eliminar el *forum shopping* podría ser la unificación de las normas de competencia judicial, dando por sobreentendido que las reglas en cuestión tendrían que fijar obligatoriamente un solo juez competente para cada categoría de litigios regulados. Es decir, para tener “éxito” en el sentido indicado, tal unificación sólo debería incluir normas de competencia exclusiva de aplicación imperativa. Casi no hace falta decir que tal solución parece imposible desde varias perspectivas y, más aún, indeseable, incluso al interior de los sistemas de integración. Paradójicamente, por otro lado, en ausencia de unificación material del derecho, más integración implica mayores riesgos de *forum shopping* debido, sobre todo, a la facilidad de movimientos de las partes y a la organización internacional de la profesión de abogado<sup>14</sup>. Esa es, precisamente, una de las razones para que la figura sea tan extendida en los Estados Unidos<sup>15</sup>. En definitiva, cabe afirmar que el *forum shopping* resulta condenable y digno de ser combatido si una o más de las opciones en favor actor constituyen foros

<sup>12</sup> Así, por ejemplo, se pasa en materia de divorcio del foro del domicilio conyugal al foro de cada uno de los cónyuges. Ver la decisión de la Corte Suprema norteamericana en el caso *Williams c. North Carolina*, 317 US 287, 63 S.Ct. 207, 87 L. Ed. 279 (1942) y la confirmación de la misma por la sección 72 del segundo *Restatement on Conflict of Laws*.

<sup>13</sup> Las palabras de Lord Denning en el caso *The Atlantic Star*, [1972] 3 All E.R. 705, 709, tantas veces citadas, siguen siendo la mejor expresión de esta idea: “Si un actor considera que el procedimiento de nuestros tribunales, o el derecho material de Inglaterra, puede reportar ventajas para él (...), está facultado para presentar su demanda aquí (...) en tanto su demanda no sea vejatoria ni opresiva (...). Si le apetece, puede llamar a esto ‘forum shopping’, pero si el foro es Inglaterra, es un buen lugar para adquirirlo, tanto por la calidad de los bienes como por la rapidez del servicio”.

<sup>14</sup> Voir M. REIMANN, *Conflicts of Laws in Western Europe. A Guide Through the Jungle*, Irvington (NY), 1995, p. 67.

<sup>15</sup> *Id.*, pp. 66-67 ; para más razones, ver T. KÖSTER, *Haftung wegen Forum Shopping in den USA*, Heidelberg, 2001, pp. 20-33.

exorbitantes o si de cualquier otra manera la defensa queda comprometida<sup>16</sup>. Una opción entre foros razonables, en cambio, debe percibirse en principio como un refuerzo del derecho de acceso a la justicia.

10. Al lado de las consideraciones anteriores, debe tenerse en cuenta que hay intereses particulares a los cuales el ordenamiento les acuerda una protección especial. En cierta medida, mediante esa consideración, tales intereses (individuales) se convierten en intereses públicos (generales), provocando la creación de auténticas políticas sectoriales. Tal es el caso, por ejemplo, de los trabajadores, los consumidores, los menores o los acreedores de alimentos, respecto de los cuales, constatando la debilidad de su posición en las relaciones jurídicas en que participan, el Estado busca organizar su protección. En el sector de la competencia judicial, dicha protección se concreta en la consagración de foros de competencia especialmente accesibles y previsibles para la parte débil de la relación, así como en las restricciones impuestas a las cláusulas de sumisión. No hay contradicción entre estas restricciones y la libertad inherente a las relaciones privadas: si la relación no es equilibrada el único medio de garantizar un normal ejercicio de la libertad de las partes es el establecimiento de exigencias más rigurosas<sup>17</sup>.

#### C) Argumentos pragmáticos (intereses del comercio internacional)

11. El primer argumento pragmático para fundar la competencia judicial es la eficacia de las decisiones. El problema es que no todos los ordenamientos jurídicos ofrecen a sus jueces los mecanismos que les permitan no intervenir en los casos en que constatan que no se hallan en la posición adecuada para entender y decidir, o que la decisión que ellos adopten no podrá tener efectos en el extranjero. Antes al contrario, los ordenamientos jurídicos o sus intérpretes afirman muchas veces el carácter imperativo de las normas de competencia.

Puede decirse que este argumento pragmático no responde a los intereses concretos de nadie. En efecto, el mismo puede presentarse como relativo a intereses más amplios y abstractos, los de las relaciones internacionales, vinculándolo a la economía procesal y subrayando sus aspectos prácticos. Sin embargo, en el seno de un ordenamiento jurídico coherente, debería considerarse que la efectividad afecta los principios básicos del sistema de competencia, al mismo tiempo que a los intereses bien concretos. El derecho de acceso a la justicia no puede limitarse al ofrecimiento de un foro de competencia al demandante. La vieja idea según la cual la efectividad concierne sólo a éste y no al juez no es admisible en un contexto de derechos fundamentales, donde la

---

<sup>16</sup> A. NUYTS, « *Forum shopping* et abus du *forum shopping* dans l'espace judiciaire européen », *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruxelles, 2004, pp. 745-790, afirma, en esta línea, que los límites que el *forum shopping* no debe franquear son el fraude a la competencia y el abuso del derecho.

<sup>17</sup> Ver, por ejemplo, la propuesta de C. LIMA MARQUES, « O novo Direito Internacional Privado e a proteção processual dos consumidores de bens e serviços estrangeiros ou no exterior », *DeCITA*, n° 4, 2005, pp. 290-294.

libertad reconocida a la persona no exonera al juez de la preocupación por la realización de la justicia.

12. Otro argumento en esta línea es el de evitar la multiplicación de litigios, extremo que aparece como prácticamente inevitable dada la división del mundo en diferentes jurisdicciones o, en otros términos, visto el dato de la concurrencia de foros. Dicho esto, es obvio que existen mecanismos de coordinación (como la litispendencia, el *forum non conveniens*, la autolimitación de la competencia) que pueden permitir la limitación de los casos de multiplicación de litigios, lo cual va no sólo en el interés más bien abstracto de las relaciones internacionales sino también en el interés concreto de las partes. La existencia de esos mecanismos y, sobre todo, su buena aplicación, podría en principio contribuir, entre otras cosas, a limitar el mantenimiento de algunos foros exclusivos cuya única razón de ser es la concentración de los litigios.

D) Argumentos jurídicos de forma (intereses de los ordenamientos)

13. Es innegable que una de las contribuciones más importantes del ordenamiento jurídico a los particulares para por la conformación de una situación de certeza en el ejercicio de sus derechos. Las personas físicas y jurídicas necesitan que tanto los derechos que les son reconocidos como los mecanismos para invocarlos sean definidos de una manera tan clara y precisa como sea posible. Del mismo modo, es consustancial al buen funcionamiento del orden jurídico que las normas que lo organizan no sean modificadas sin una justificación suficiente. Estas exigencias se hacen más estrictas en la medida en que la importancia dada por el ordenamiento a los derechos aumenta. Tal es el caso del derecho fundamental de acceso a la justicia. En consecuencia, la determinación de la competencia judicial demanda un cuidado muy especial a los legisladores y a los jueces a fin de que el goce efectivo de este derecho no sea frustrado. Se debe entonces, de un lado, evitar la adopción de foros que lo limiten así como restringir el campo de aplicación o eliminar directamente aquellos que ya existen, y, de otro lado, asegurar que las normas de competencia razonables no resulten inaccesibles a causa de interpretaciones injustificadas o arbitrarias. Pero la certeza y la seguridad jurídicas no tienen que ir necesariamente de la mano de la imperatividad de las normas de competencia. Ellas son “principios-medio” para conseguir el “principio-finalidad” de la justicia (o de la solución justa del litigio).

14. Al lado de la preocupación por la certeza y la seguridad, cabe mencionar la que se refiere a la coherencia del sistema de competencia. El Tribunal de Justicia europeo, por ejemplo, le da una importancia extraordinaria a la coherencia, convirtiéndola en un auténtico principio de interpretación. El problema es que a veces parece que el Tribunal lo que defiende es la coherencia respecto de ciertas opciones que no son para nada obligatorias. Se ha dicho, en este sentido, que el Tribunal produce decisiones “desigualmente convincentes y en la motivación de las cuales la repetición de fórmulas estereotipadas ocupa con frecuencia el lugar del razonamiento”<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, 4<sup>a</sup> ed., Paris, p. 401.

A decir verdad, la utilización de ficciones para resolver problemas aparentes o reales de coherencia del ordenamiento tiene una larga tradición. Por ejemplo, en la historia del *common law*, puede señalarse que tradicionalmente los litigios nacidos fuera de Inglaterra no podían ser resueltos allí, con excepción de los asuntos sometidos a la jurisdicción de los tribunales marítimos o comerciales; los demandantes en tales casos sólo podían, por lo tanto, demandar ante el tribunal extranjero competente<sup>19</sup>. Para remediar esta situación los abogados ingleses inventaron un procedimiento muy imaginativo. Si un actor demandaba un tribunal inglés por un daño causado, por ejemplo, en Ámsterdam, afirmaba que esta ciudad estaba situada en Inglaterra y los tribunales del *common law* aceptaban esta ficción. Así, en un caso de 1625, un juez inglés dijo que “debemos considerar que Hamburgo está en Londres para admitir la demanda, la cual, si no, sería presentada fuera de nuestra jurisdicción. Y aunque sabemos que los hechos se produjeron en Hamburgo, al otro lado del mar, en tanto que jueces, preferimos ignorar que Hamburgo está allá”<sup>20</sup>. Un siglo y medio más tarde, Lord Mansfield afirmó, al ocuparse de un asunto semejante<sup>21</sup>, que esta ficción había sido inventada para la promoción de la justicia y que una ficción no debe contradecirse jamás<sup>22</sup>.

### 3. *Disparidad de modelos*

#### A) *Common law* vs. sistemas civilistas (o flexibilidad vs. rigidez)

15. A diferencia de lo que puede ocurrir en otros ámbitos del derecho e incluso en otro sector del DIPr, en materia de competencia judicial existen, más allá de otras diferencias de menor envergadura, dos modelos claramente diferenciados: el que rige –bien que de forma heterogénea– en los países tributarios del *common law*– y el que prima en los países influenciados por la tradición jurídica romano-germánica<sup>23</sup>. La diferencia esencial estriba en que lo normal en el *common law* es que el juez disponga de una facultad de apreciación o, dicho de otro modo, de un margen de discrecionalidad para entender en un

---

<sup>19</sup> Juenger explique que les anglais, compte tenu de la position de principale puissance maritime de leur pays, voyagèrent et avaient tout type des rapports juridiques à l'extérieur des frontières nationales, ce que générait controverses juridiques. Mais, à la exception des litiges dont les tribunaux maritimes ou commerciaux étaient considérés compétents, les disputes nées en dehors du royaume ne pouvaient pas être solutionnées en Angleterre (par les juges de la *common law*) car les jurés devaient être choisis parmi les voisins du lieu du fait motivant la controverse et les étrangères ne pouvaient pas être obligés à réaliser cette tâche. Ver F.K. JUENGER, *Derecho internacional privado y justicia material*, trad., México, 2006, pp. 24-25 et les citations de SACK, « Conflict of Laws in the History of the English Law », *Law : A Century of Progress. Contributions in Celebration of the 100th Anniversary of the Founding of the School of Law of New York University*, New York, 1937, pp. 342 ss.

<sup>20</sup> *Ward's Case*, 82 Eng. Rep. 245, 246 (K.B. 1625).

<sup>21</sup> *Mostyn v. Fabrigas*, 98 Eng. Rep. 1021 (K.B. 1775). Dans cette affaire on décidait que l'île de Minorque était localisée à Londres, dans le municipale de St. Mary le Bow, arrondissement de Cheap.

<sup>22</sup> Todas estas cuestiones en F.K. JUENGER, *op.cit.*, pp. 24-25.

<sup>23</sup> Ver B. AUDIT, *Op.cit.* en nota 1, pp. 380-395.

caso, en tanto que el juez civilista debe aplicar los criterios establecidos por el legislador<sup>24</sup>. Obviamente, ni la actuación de uno está librada de toda regla (además de los precedentes jurisprudenciales, cada vez existen más normas escritas nacionales e internacionales), ni la del otro exenta de toda apreciación particular. Pero mientras al primero el demandante debe convencerlo de que es el juez apropiado (conveniente) para entender en el caso, al segundo le basta –en general- con que se dé uno de los supuestos previstos en la normativa en vigor. En consecuencia, parece natural que el primero no tome un caso para el que sería normalmente competente (es decir, se declare “no conveniente”), mientras que para el segundo esa posibilidad es muy controvertida.

16. Tales divergencias, que se acompañan con toda una serie de diferencias en la concepción y administración del proceso judicial, no han impedido una aproximación tanto en el campo de la competencia judicial como en todas las cuestiones relativas a la cooperación judicial internacional. El ejemplo palmario es el de lo sucedido en la Comunidad Europea al socaire de la profundización de la integración, que hoy cuenta con una reglamentación común (supranacional) de competencia y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y comercial (que alcanza también, con matices, a los países de la Asociación Europea de Libre Comercio), en materia familiar y en materia de insolvencia, así como una reglamentación común de las notificaciones y la obtención de pruebas en el extranjero. Es obvio que el establecimiento de un sistema único para todas estas materias no ha estado libre de dificultades en la elaboración y en la aplicación. Pero si las primeras se disuelven por efecto del principio de primacía del derecho comunitario sobre los derechos de los Estados miembros, las segundas se solucionan (no al gusto de todos, evidentemente) por la actuación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuya interpretación del derecho comunitario es obligatoria para todos los casos, todas las personas y todas las autoridades. La evidencia de que han sido estas dos razones de indudable peso las que han garantizado el éxito de la unificación de la reglamentación mencionada, pone en duda que tal éxito sea posible en ámbitos desprovistos de esas características.

#### B) Obstáculos para la reglamentación internacional de la competencia judicial

17. Cualquiera sea el objeto concreto de un esfuerzo de reglamentación internacional de la competencia judicial, es inevitable tomar detallada cuenta de todos los elementos que se han dado en la evolución del tratamiento de esta temática en la Conferencia de La Haya desde que Estados Unidos propusiera el tema en 1992. No sólo resulta ineludible la consulta de los copiosos documentos y desarrollos doctrinales provocados a lo largo de la discusión de tal iniciativa, sino también la valoración de las diversas actitudes evidenciadas por los Estados, así

---

<sup>24</sup> En realidad, se trata de unas diferencias que tienen que ver con la misma forma de entender la función jurisdiccional, las cuales se deben a varias razones. Entre éstas, tiene suma relevancia el hecho de que no exista en los países del *common law* una “carrera judicial” y que la condición de juez se obtenga por lo general una vez que se ha realizado una carrera de otro tipo, normalmente en la abogacía. Ver T.C. HARTLEY, “Jurisdiction and Judgments: The English Point of View”, *DeCITA*, núm. 4, 2005, pp. 61-62.

como por las variadas asociaciones privadas que se esforzaron en la defensa de sus intereses o agendas. A partir de algunas de esas actitudes e intereses se fue plasmando el fracaso de la ambiciosa iniciativa norteamericana. Como es sabido, mientras en 1999 las autoridades -así como muchos delegados- de la Conferencia confiaban en que la Convención sería aprobada al año siguiente, dos años después el anteproyecto fue inundado de corchetes, que en la simbología de los procesos de elaboración de la legislación internacional significan falta de acuerdo<sup>25</sup>. A partir de esa situación, la iniciativa como tal fue quedando descartada. Se buscó entonces salvar algún aspecto en el que hubiera suficiente consenso y se llegó a la conclusión de que en lo que no hay discusión es que en los asuntos entre empresas lo normal es que éstas puedan elegir el lugar donde litigar. Fue así que se llegó, en 2005, a la aprobación de la Convención de La Haya sobre acuerdos exclusivos de elección de foro<sup>26</sup>.

Es especialmente importante tomar en consideración que en el abandono del proyecto primigenio influyeron ciertas divergencias insuperables. Como centro de la discordia pueden citarse varios remedios y mecanismos usados habitualmente por los tribunales de los Estados Unidos, los cuales han provocado cierta preocupación en otros Estados, especialmente en los europeos. Es de prever que en el ámbito interamericano también se plantee esa preocupación, en particular, respecto de ciertos foros de competencia allí disponibles, cuya amplitud descansa a veces en razones más bien filantrópicas vinculadas con los derechos humanos<sup>27</sup>, y otras en motivos más controvertidos de naturaleza económica. Otras cuestiones que se han revelado como problemáticas en La Haya son la disponibilidad del *discovery*, los *contingency fees*, las *class actions*, la litispendencia, el *forum non conveniens*, y los daños punitivos<sup>28</sup>. A mi entender, partiendo de la base de la necesidad de cooperación y del interés común en llegar a un acuerdo, algunas de esas cuestiones pueden recibir soluciones de consenso, como de hecho se habían apuntado en La Haya. En América, por ejemplo, la sombra del *discovery* no impidió en su día que pudiera arribarse a sendos textos sobre exhortos, plasmados en una Convención (CIDIP I) y en su Protocolo (CIDIP II). Otras, en cambio,

---

<sup>25</sup> Se hablaba de terminar en el año 2000. En contra de esa previsión, el aparentemente avanzado Proyecto preliminar de Convención preparada en 1999 se transformó en un documento inviable dos años después. Ver A.T. VON MEHREN, "The Hague Jurisdiction and Enforcement Convention Project Faces an Impasse – A Diagnosis and Guidelines for a Cure", *IPRax*, 2000, pp. 465 ss.; O'BRIAN JR, "The Hague Convention on Jurisdiction and Judgments: The Way Forward", *Modern L. Rev.*, 2003, pp. 491 ss.

<sup>26</sup> Ver M.M. CELIS AGUILAR, "Convención sobre los acuerdos de elección de foro", *DeCITA*, núm. 5/6, 2006, pp. 608-618; C. KESSEDIAN, "La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for", *Journ. dr. int.*, 2006, pp. 813-850.

<sup>27</sup> Ver U. MATTEI / J. LENA, "U.S. Jurisdiction Over Conflicts Arising Outside of the United States: Some Hegemonic Implications", *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, 2001, pp. 381 ss.; H. MUIR WATT, "Privatisation du contentieux des droits de l'homme et vocation universelle du juge américain: réflexions à partir des actions en justice des victimes de l'Holocauste devant les tribunaux des États-Unis", *RIDC*, 2003-4, pp. 883 ss.

<sup>28</sup> Ver VON MEHREN, A.T., "Theory and Practice of Adjudicatory Authority in Private International Law: A Comparative Study of the Doctrine, Policies, and Practices of Common- and Civil-Law Systems. General Course on Private International Law (1996)", *Recueil des Cours*, t. 295 (2002), pp. 408-423.

parecen más complicadas de solucionar como sería el caso de exigir el reconocimiento en un país latinoamericano de un fallo de un tribunal norteamericano que aplicara los descomunales daños punitivos a que nos tienen acostumbrados algunos de ellos<sup>29</sup>, aunque la tendencia actual parece ser a limitarlos<sup>30</sup>. En cualquier caso, dentro del ámbito patrimonial, parece ser más complicada la reglamentación de temas vinculados con la responsabilidad extracontractual que con los contratos, como demuestra la experiencia de la CIDIP y algunos documentos oficiales<sup>31</sup>.

18. De cualquier modo, y teniendo en cuenta que lo que ha impedido un acuerdo en el mundo tan heterogéneo de La Haya -donde se libró una batalla de “ideología jurídica” entre la Unión Europea y los Estados Unidos- no tiene necesariamente que impedirlo en ámbitos más acotados, debe llamarse la atención sobre un punto: el tipo de reglamentación internacional que se buscó infructuosamente en La Haya no es el único disponible. Lo que allí se intentó fue reglamentar desde otra perspectiva, todas las materias contenidas en la Convención de Bruselas de 1968 (entre los Estados de la CE); es decir, se intentó realizar una reglamentación de la competencia judicial y la eficacia de las decisiones en la práctica totalidad de las cuestiones contenidas en las materias civil y comercial, mediante una convención y con un esmerado nivel de detalle, como en el modelo europeo. Nada impide considerar la factibilidad de buscar mecanismos de reglamentación que abarquen menos materias (o que se combinen diferentes respuestas sectoriales) o que se limiten a establecer una serie de principios y reglas básicas. Del mismo modo, se puede considerar la posibilidad de avanzar paso a paso, buscando en primera instancia una armonización por vía de una ley modelo o de la redacción de unos principios en la materia. En este sentido, los Principios ALI / UNIDROIT sobre el proceso civil transnacional pueden servir de guía<sup>32</sup>, a pesar de las críticas (mucho más políticas que jurídicas) que ha recibido esta iniciativa.

Particularmente pueden ser útiles en lo que se refiere a competencia judicial internacional<sup>33</sup>, ya que los Principios muestran un enfoque mucho más equilibrado y contemporáneo que el viejo modelo de Bruselas. Así, en el Principio 2, relativo a la competencia, puede encontrarse, además de una formulación bastante

<sup>29</sup> Ver, por ejemplo, “*Liebeck vs. McDonald’s Restaurants, P.T.S., Inc.*”, n. CV-93-02419, 1995 WL 360309 Bernalillo County, N.M. Dist. Ct., de 18/8/1994).

<sup>30</sup> Ver F.M. RACINO, “Panorama actual de los daños punitivos en los Estados Unidos de América”, *JA*, 2004-III-1031.

<sup>31</sup> Ver la Resolución del CJI CJI/RES. 55 (LXII-O/03) y los informes de sus miembros Ana Elizabeth VILLALTA –CJI/doc. 97/02 y CJI/doc. 130/03- y Carlos Manuel VÁZQUEZ –CJI/doc. 104/02 rev.2 y CJI/doc. 133/03-.

<sup>32</sup> Los Principios fueron aprobados formalmente por ambas instituciones en 2004. Las Reglas que los acompañan, en cambio, no fueron objeto de aprobación formal. Ver R. STÜRNER, « The Principles of Transnational Civil Procedure. An Introduction to Their Basic Conceptions », *RabelsZ*, vol. 69, 2005, pp. 219-221; A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Lineamientos generales de los principios y reglas comunes para los procesos transnacionales (ALI-UNIDROIT)”, *DeCITA*, núm. 4, 2005, pp. 45-60.

<sup>33</sup> H.P. GLENN, “The ALI / UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure as Global Standards for Adjudication?”, *DeCITA*, núm. 4, 2005, pp. 26-44.

D. P. FERNÁNDEZ ARROYO

coherente del foro de necesidad y otra bastante equilibrada del *forum non conveniens*, el Principio siguiente:

(2.1.) La competencia del tribunal puede ejercerse respecto de una parte:

(2.1.1) Cuando las partes están de acuerdo en someter el litigio al tribunal;

(2.1.2) Cuando existe una vinculación sustancial entre el Estado del foro y la parte o la transacción o el hecho litigioso. Tal vinculación existe cuando una parte esencial de la transacción o de los hechos litigiosos se ha producido en el Estado del foro, cuando el demandado tiene su residencia habitual o el centro principal de sus actividades comerciales en el Estado del foro, o cuando los bienes a los cuales el litigio se refiere están situados en el foro.

En el Principio 3, sobre la igualdad procesal de las partes, aparece el sub-principio siguiente:

(3.2) [Este principio] se opone a toda discriminación no justificada, de cualquier tipo que sea, y señaladamente sobre el fundamento de su nacionalidad o su residencia. El tribunal tomará en cuenta las dificultades que encuentra una parte extranjera para poder participar en el proceso.

Es evidente que si se tratara de normas dentro de una convención se podría (debería) exigir mucho más detalle, más concreción. Pero enunciados como “principios”, la única razón de oponerse a estas ideas parece estar basada en el deseo de mantener ciertos privilegios intolerables. Es difícil entender la irritación provocada por expresiones tales como “razonable”, “igualdad”, o “no discriminación”<sup>34</sup>.

## II. Reglamentación convencional de la competencia judicial en las Américas

### 1. *Sistemas clásicos*

19. No voy a analizar aquí los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1939/1940 y el Código Bustamante. Ya lo he hecho en otras oportunidades, al igual que tantos otros. Me interesa sí destacar el dato de que en América hace más de un siglo ya fue posible ponerse de acuerdo para establecer unas bases de competencia de general aceptación. Es verdad que el alcance de los dos grandes textos de DIPr latinoamericanos (los Tratados de Montevideo y el Código Bustamante) es desigual y limitada y que sus normas no resultan adecuadas para muchos casos, pero también lo es que hasta el día de hoy sus soluciones siguen siendo una referencia en no pocos países. Sin dudas, la convivencia dentro del sistema interamericano de ordenamientos tributarios del derecho romano-germánico y del *common law*, con bases bien diferentes en todo lo que tiene que ver con la determinación del juez competente para los casos pluriconectados,

---

<sup>34</sup> Ver algunas de las críticas a un documento de base, en la mayoría de las contribuciones a P. FOUCHARD (dir.), *Vers un procès universel? Les règles transnationales de procédure civile de l'American Law Institute*, Paris, 2001. Ver también F. FERRAND, F. (dir.), *La procédure civile mondiale modélisée*, Paris, 2004.



constituye un obstáculo añadido para el éxito de cualquier intento de reglamentación en la materia.

## 2. El “sistema” interamericano

A) Normas de competencia judicial directa en las convenciones interamericanas

20. A veces da la impresión de que se desconoce que en el ámbito interamericano protagonizado por la CIDIP se ha llevado a cabo cierta reglamentación de la competencia judicial internacional. No sólo existe la ya mencionada Convención sobre competencia indirecta sino que son varias las convenciones interamericanas que incluyen, entre una reglamentación más escorada hacia el sector del derecho aplicable, unas cuantas normas de competencia internacional directa buscando, en general, algún paralelismo. El hecho de que la misma sea limitada a ciertas materias no quita el dato importante de que ponerse de acuerdo en estas cuestiones puede ser complicado pero no imposible incluso en relación con materias respecto de las cuales tradicionalmente se suelen presumir dificultades en la reglamentación.

Cabe mencionar, en este sentido, los arts. 8 de la Convención sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas (CIDIP I); 6 de la Convención sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles (CIDIP II); 15, 16 y 17 de la Convención sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores (CIDIP III); 8, 9 y 10 de la Convención sobre obligaciones alimentarias (CIDIP IV); 6 de la Convención sobre restitución internacional de menores (CIDIP IV); 15 y 16 (arbitraje) de la Convención sobre contrato de transporte internacional de mercadería por carretera (CIDIP IV); y 13 y 16 de la Convención sobre tráfico internacional de menores (CIDIP V)<sup>35</sup>. La lectura de estas normas deja entrever dos tendencias en la reglamentación de la competencia judicial internacional en el ámbito interamericano: la importancia que va adquiriendo el foro de la residencia habitual de la persona y el espacio dado a la autonomía de la voluntad de las partes<sup>36</sup>. Ningún observador imparcial se atrevería a restar significación a estas reglas, las cuales, a excepción de las contenidas en la Convención relativa al transporte, están en vigor en un importante número de Estados. Dichas reglas deben ser objeto de especial consideración en cualquier desarrollo futuro de una reglamentación

---

<sup>35</sup> En la misma línea, los textos aprobados en la CIDIP VI contienen disposiciones relativas a la competencia, en sentido amplio. En efecto, la Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias no contiene normas de competencia judicial internacional pero dispone, en su art. 68, que las partes podrán someter a arbitraje cualquier controversia que se suscite respecto a la interpretación y cumplimiento de una garantía; por su parte, en las dos versiones de Carta de porte directa uniforme (sendos arts. 11), se ofrecen al demandante varios foros alternativos y se faculta igualmente a las partes a someter sus diferencias “a un método alternativo de solución de controversias”, que puede ser *ad hoc* o institucional.

<sup>36</sup> Ver, en particular, el art. 8 de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias.

interamericana en materia de competencia judicial internacional, la cual debería respetar en todo caso los cinco principios tan bien presentados por Eduardo Vescovi<sup>37</sup>.

B) El problema de la competencia judicial indirecta en las CIDIP II y CIDIP III

21. Como se sabe, en la CIDIP III, celebrada en La Paz (Bolivia), se adoptó una Convención sobre competencia pero limitada a la competencia indirecta<sup>38</sup>. La misma tenía como finalidad completar (y dar unas pautas seguras para evitar resultados indeseables) la Convención interamericana de 1979 (CIDIP II) sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros que, en su art. 2.d), exige escuetamente “que el juez o tribunal sentenciador tenga competencia en la esfera internacional para conocer y juzgar del asunto de acuerdo con la ley del Estado donde deban surtir efecto”. Pese a la timidez del intento -no puede decirse que la Convención sea un alarde de audacia, por cierto<sup>39</sup>- el esfuerzo no tuvo acogida. México ratificó la Convención de La Paz en 1987<sup>40</sup> y, como para la entrada en vigor se necesitaban dos incorporaciones, el texto quedó en el limbo muchos años, hasta que Uruguay depositó en la OEA el instrumento de ratificación en el año 2004. Quiere esto decir que la Convención está ahora en vigor, aunque sólo entre los mencionados dos Estados<sup>41</sup>.

22. En realidad, el “complemento” elaborado por la CIDIP III, más allá de las consideraciones específicas sobre su contenido, era totalmente necesario. En efecto, al establecer el mencionado art. 2.d) de la Convención sobre reconocimiento de la CIDIP II que la ley del Estado requerido es la que debe brindar los parámetros para controlar la competencia del juez de origen, la

---

<sup>37</sup> Ver E. VESCOVI, *supra* nota 3.

<sup>38</sup> Ver D. OPERTTI BADÁN, “La Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado”, *RUDProc*, 1984-2, pp. 143-179.

<sup>39</sup> Según una de las protagonistas de la CIDIP III (y de todo el moderno proceso codificador interamericano), la Convención “incluye mayor número de excepciones que reglas generales”. Ver T.B. de MAEKELT, “Regulación de la jurisdicción en el sistema venezolano de derecho internacional privado”, *Homenaje a Juan María Rouvier*, Caracas, 2003, p. 389. Efectivamente, en el art. 6 se excluye del ámbito de aplicación de la Convención las siguientes materias: estado civil y capacidad de las personas físicas; divorcio, nulidad de matrimonio y régimen de los bienes en el matrimonio; pensiones alimenticias; sucesión testamentaria o intestada; quiebras, concursos, concordatos u otros procedimientos análogos; liquidación de sociedades; cuestiones laborales; seguridad social; arbitraje; daños y perjuicios de naturaleza extracontractual; y cuestiones marítimas y aéreas.

<sup>40</sup> La ratificación se produjo el 2/11/1987 y el depósito del instrumento el 6/12 del mismo año. En las mismas fechas México hizo lo propio con la Convención sobre eficacia extraterritorial, mencionando expresamente entre las declaraciones interpretativas acompañadas a ésta, que la condición prevista en su art. 2.d) cuando el juez de origen se haya declarado competente sobre la base de normas coincidentes con las de la Convención de La Paz.

<sup>41</sup> El instrumento de ratificación se depositó en la OEA el 24/11/04 (la fecha de ratificación que figura es la del 29/10/04).

eficacia real de las decisiones queda sometida al albur de lo riguroso o expansivo que cada Estado sea al implementar tal control. Como relata Opertti<sup>42</sup>, los trabajos previos a la CIDIP II se basaban en una concepción diferente del art. 2.d), más respetuosa con la competencia del juez de origen<sup>43</sup>, pero fue la postura más conservadora la que prevaleció<sup>44</sup>.

23. Opertti afirma que el control de la competencia del juez de origen no debería tener más contenido que los supuestos de competencia exclusiva del Estado requerido y el que pueda brindar el orden público (interpretado restrictivamente, sobre la base del espíritu de la famosa y ejemplar Declaración hecha por Uruguay en la CIDIP II)<sup>45</sup>. Es difícil, desde una perspectiva actual y con una visión de las tendencias del derecho comparado, no coincidir en este punto con el Maestro. Claro que, como él mismo apunta, para que ese esquema se construya razonablemente y funcione, es necesario que los foros exclusivos sean concebidos como una excepción, debidamente justificada para materias muy concretas, a la regla general de concurrencia de foros en el ámbito internacional<sup>46</sup>. El juego específico del orden público dentro del marco del control de la competencia del juez de origen debe concretarse en relación con dos situaciones: en general (el control debe ser muy exigente), la de los supuestos en los cuales el juez de origen se haya hecho cargo del caso sobre una base de competencia incompatible con el respeto al derecho fundamental que garantiza el acceso a la justicia, como puede ser el caso de la utilización de foros exorbitantes; en particular (el control puede admitir alguna flexibilidad), la de las materias para las cuales el Estado requerido prevé la actuación de foros especiales de protección de

<sup>42</sup> Ver D. OPERTTI BADÁN, "Competencia internacional y jurisdicción exclusiva", *RUDProc*, 2003-1, pp. 71-78.

<sup>43</sup> Ver el Anteproyecto de Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales extranjeras, preparado por Opertti como parte de un estudio encargado por la OEA y asumido por la Delegación uruguaya (ver *Actas y Documentos, CIDIP II*, vol. II, pp. 44-53 y 275-286), y el Proyecto sobre el mismo tema preparado por el Comité Jurídico Interamericano (CJI) (ver *id.*, p. 49 y 271-274). En realidad, el Anteproyecto uruguayo ofrecía una serie de principios que debían cumplirse para que se diera por satisfecho el requisito de la competencia indirecta. Cf. D. OPERTTI BADÁN (nota anterior), pp. 71-72.

<sup>44</sup> Para M. SOLARI, *Pactos procesales de La Paz*, Montevideo, 1986, pp. 12-13, lo que se buscó fue "simplificar la Convención", aunque reconoce que la solución adoptada podría "volver inoperante" la misma. Ver también G. CHALITA / M.B. NOODT TAQUELA, "La jurisdicción indirecta en la Conferencia de La Paz de 1984 (CIDIP-III)", *ED*, 119-987; G. PARRA-ARANGUREN, "Proyecto de Convención interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras", *Curso de Derecho Internacional CJI*, IX, 1982-1, pp. 427-444; J. SAMTLEBEN, "Neue interamerikanische Konventionen zum Internationalen Privatrecht", *RabelsZ*, vol. 56, 1992, pp. 18-25; E. TELLECHEA BERGMAN, "Aproximación a la Convención interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras", *RUDProc*, 1986, pp. 21-32.

<sup>45</sup> La declaración puede consultarse en el sitio de la OEA ([www.oas.org](http://www.oas.org)), buscando entre los tratados aprobados en 1979.

<sup>46</sup> La idea ya estaba en D. OPERTTI BADÁN, *Exhortos y embargo de bienes extranjeros*, Montevideo, 1976, p. 194.

determinadas categorías de personas consideradas “débiles”, como los menores o ciertos contratantes.

Pero el lugar para incluir tal solución era el que ahora ocupa el art. 2.d). Una vez aprobada la Convención sobre reconocimiento se hizo prácticamente imposible modificar dicha norma, máxime teniendo en cuenta que cuando se reunió la CIDIP III la Convención ya había sido ratificada por cinco países<sup>47</sup>. Por eso lo que se buscó desde la OEA fue establecer un catálogo de competencias indirectas que impidieran el uso discrecional de la desafortunada norma de la CIDIP II<sup>48</sup>. Así, Opertti (en aquel tiempo Director de la Oficina de Codificación de la OEA) y los profesores norteamericanos B. May Carl y A.T. von Mehren redactaron en 1980 unas “Bases sobre competencia judicial internacional indirecta” que servirían de fundamento para la Convención sobre la materia<sup>49</sup>.

24. De cualquier modo, no debe dejarse de lado un dato muy relevante que ayuda a colocar en sus justos términos la discusión en torno a la trascendencia de lo que ha hecho hasta ahora la CIDIP en materia de competencia judicial: el ámbito material de aplicación de la Convención de la CIDIP III es, a tenor de las numerosas exclusiones contenidas en su art. 6, sumamente restringido. En concreto, sólo resulta aplicable al control de la competencia del juez de origen en el reconocimiento de decisiones en materia contractual y real. Para todas las demás decisiones rige el marco de discrecionalidad permitido por el art. 2.d) de la Convención sobre reconocimiento<sup>50</sup>. Si la Convención sobre competencia indirecta hubiera tenido algún éxito, acaso la estrechez de ambas Convenciones (tomadas en conjunto) podría haberse paliado por aplicación del art. 8 de la misma que permite la aplicación de “las disposiciones más amplias” de otros convenios, así como “las prácticas más favorables”. Pero ni aún en ese caso esta norma sería relevante en relación con la reglamentación mercosureña de reconocimiento, contenida en el Protocolo de Las Leñas de 1992, ya que en el punto que nos ocupa, tan inexplicable como infelizmente, la solución acuñada en la instancia subregional<sup>51</sup> reproduce la contenida en el art. 2.d) de la Convención

---

<sup>47</sup> En la actualidad cuenta con diez Estados partes: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

<sup>48</sup> En la autorizada opinión de D. OPERTTI BADÁN, *supra* nota 42, p. 73, la solución del art. 2.d) de la CIDIP de eficacia extraterritorial “ha sido particularmente infeliz”.

<sup>49</sup> Conocidas como “Bases de Washington”, fue discutido en la Reunión de Expertos celebrada en esa ciudad en enero de 1980. Ver G. PARRA-ARANGUREN, “Los trabajos preparatorios de la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (La Paz, 1984)”, en: *id. Codificación del derecho internacional privado en América*, vol. II, Caracas, 1998, pp. 13 ss.

<sup>50</sup> El ámbito material de la Convención de la CIDIP II es muy amplio ya que cubre todas las materias (art. 1), aunque admite hacer una reserva restringiéndolo exclusivamente a las “sentencias de condena en materia patrimonial”. Esta reserva sólo fue realizada por México.

<sup>51</sup> Art. 17.c) del Protocolo. La solución es muy llamativa ya que de los cuatro socios, sólo Argentina mantiene expresamente ese criterio (art. 517.1CPCN). Sin embargo, A. DREYZIN DE KLOR / A. URIONDO DE MARTINOLI, en D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados del MERCOSUR*, Buenos Aires, 2003, p. 477, afirman que la solución “es moneda corriente en la región”.

sobre reconocimiento. Por todo lo anterior, parece haber llegado el momento de retomar la discusión que se inició hace un cuarto de siglo, con vistas a ver las posibilidades de alcanzar una reglamentación en materia de competencia directa que lleve aparejada, como es lógico, la superación de la mala solución del fatídico art. 2.d) en relación con la competencia indirecta.

#### C) Otros ensayos en materia de competencia judicial en el ámbito de la OEA

25. En su propuesta de temario para la CIDIP VII, el Gobierno uruguayo incluyó, no por casualidad, este tema<sup>52</sup>. Personalmente, creo que se trata de un tema sobre el cual la elaboración de una convención (o de otro tipo de reglamentación) interamericana debería, por lo menos, estudiarse seriamente. Probablemente, si la CIDIP VII logra parir o dejar avanzado un texto con reglas de competencia sobre consumidores y comercio electrónico, temas de cierta complejidad, el camino para empezar a pensar en serio sobre una reglamentación general de competencia quede expedito. Claro que habrá que ver el contenido concreto de ese texto o de esos “avances”<sup>53</sup>.

Uruguay se ha anticipado un poco a esta idea y, consecuentemente con la inclusión de la competencia judicial internacional en general en su propuesta de temas para la próxima CIDIP, ha presentado unas “Bases para una Convención interamericana sobre competencia judicial internacional” (a las que llamaremos “Bases Uruguay”, para no confundirlas con las “Bases de Washington” antes mencionadas), algunas de cuyas soluciones son comentadas más abajo. Al no estar el tema incluido en la agenda de la CIDIP VII, habrá que considerar a las “Bases Uruguay” como una fuente para los eventuales trabajos futuros sobre esta materia.

---

<sup>52</sup> La nota del Gobierno uruguayo con la propuesta de temas es acompañada por la “Declaración de Córdoba”, adoptada por un grupo de profesores sudamericanos reunidos en esa ciudad argentina en diciembre de 2003 para participar de las *Jornadas sobre el futuro de la codificación interamericana del derecho internacional privado*, y que ha recibido numerosas adhesiones posteriormente. En la misma se destaca la importancia del tema en los siguientes términos: “dentro del orden procesal, el problema de la jurisdicción internacional en materia de derecho internacional privado y la revisión de la reglamentación en materia de eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales, deben ocupar un lugar prioritario en la agenda regional”. La “Declaración de Córdoba” se puede ver en el sitio de la OEA ([www.oas.org](http://www.oas.org)), dentro de las actividades y documentos relativos al DIPr. También en el libro que refleja las contribuciones presentadas en las mencionadas Jornadas, D.P. FERNÁNDEZ ARROYO / F. MASTRANGELO (orgs.), *El futuro de la codificación del derecho internacional privado en América. De la CIDIP VI a la CIDIP VII*, Córdoba, 2005, pp. 21-25.

<sup>53</sup> Las escuetas reglas sobre competencia incluidas en la propuesta de Ley Modelo canadiense no dan espacio para demasiado optimismo ([www.oas.org](http://www.oas.org)).

### III. Competencia judicial en América en el marco de las reglas en vigencia

#### 1. Rasgos generales

26. Hasta la celebrada aprobación de la Ley venezolana de DIPr en 1998 (LVDIPr), los sistemas de DIPr de los países latinoamericanos se han caracterizado por la dispersión física y, sobre todo, metodológica de sus normas. La segunda es, obviamente, mucho más perjudicial que la primera, pero debe notarse que es la dispersión física la que traza un límite difícil de superar a la coherencia indispensable de un sistema de DIPr. Con todo, tal característica general no ha impedido a varios países tener unas normas relativamente cuidadas y organizadas en lo que respecta al sector del derecho aplicable y unas reglas más o menos claras para el reconocimiento y la ejecución de las decisiones judiciales extranjeras. Sin embargo, la reglamentación de la competencia es en general muy fragmentaria y, en muchos casos, parece responder a concepciones no muy contemporáneas, por decirlo de algún modo. En particular, se percibe por un lado una dependencia muy de otra época respecto del derecho aplicable (de cuando el DIPr prácticamente se limitaba a este sector) y, por otro lado, un llamativo desfasaje entre ciertos reflejos aparentemente “soberanistas” en materia de competencia judicial y cuestiones tales como la aceptación irrestricta del arbitraje o los principios subyacentes en la reglamentación de materias particulares como puede ser la de inversiones extranjeras. Hasta no hace mucho tiempo, no contar con un sistema de competencia judicial internacional (o mejor, con un subsistema de competencia dentro del sistema de DIPr) no era algo demasiado relevante. Ahora, el grado de internacionalización que ha alcanzado la vida privada de personas físicas y jurídicas, lo hace indispensable. El interés de los Estados en resultar atractivos para los negocios internacionales y su obligación de respetar los derechos de los particulares, exigen unas reglas claras y bien articuladas en relación con principios básicos que cada Estado debe determinar. Lamentablemente, no es lo que abunda.

Tal vez tenga algo que ver la mencionada dependencia del derecho aplicable con el hecho de que en algunos países las normas de competencia judicial internacional presentes en dimensión autónoma del sistema presenten una formulación multilateral, como las de las normas de conflicto. Dicha formulación no debe llamar a engaño: aunque en el sistema argentino de competencia judicial internacional se establezca, por ejemplo, que son competentes en materia de contratos los jueces del lugar de cumplimiento o los del lugar del domicilio del demandado a elección del actor<sup>54</sup>, tal precepto sólo obliga a los jueces argentinos, y si en un caso concreto los lugares indicados se encuentran, por ejemplo en Venezuela, el juez venezolano será competente o no según lo que digan sus normas de competencia judicial internacional<sup>55</sup> y no por el mandato contenido en las normas argentinas. Esto significa que por más que en algunos sistemas

---

<sup>54</sup> Arts. 1215 y 1216 CC. El art. 24 del Proyecto de Código de DIPr de 2003 recoge los mismos principios y, curiosamente, mantiene la formulación multilateral (tónica general de las normas de competencia contenidas en el Proyecto).

<sup>55</sup> Arts. 39 y 40.2 LVDIPr.

estatales las normas de competencia judicial internacional se redacten de forma multilateral, debemos tomarlas como reglas unilaterales, exclusivamente dirigidas a los jueces del Estado que las dicta. Esto es así porque siendo la jurisdicción una cuestión en la que está implicado el ejercicio de una de las funciones esenciales del Estado, resulta impensable que un juez pueda considerarse competente en función de lo que establezcan las normas de competencia vigentes en otros Estados y no en el suyo. Cosa bien distinta es que dicho juez pueda tomar en consideración las normas de competencia extranjeras para modular su actividad en determinadas circunstancias, como pueden ser las que se dan cuando se presenta una demanda ante él en un supuesto en el cual un ordenamiento extranjero dispone la competencia exclusiva de sus jueces y tribunales.

## 2. Foros de general aceptación

### A) Domicilio del demandado

27. El índice de proximidad retenido como evidente es el domicilio del demandado. Este foro de competencia sigue apareciendo como el paradigma de foro razonable, no por la aplicación automática de una fórmula repetida desde hace siglos (*actor sequitur forum rei*)<sup>56</sup> sino en razón de una explicación actual que tiene un contenido más bien pragmático. Ya sea que se hable de domicilio (concepto eminentemente jurídico) o de residencia habitual (noción con un importante contenido factual), la idea de base es que se trata de un elemento que presenta signos externos, visibles y al menos parcialmente objetivos para indicar el lugar en el cual una persona puede ser encontrada con un considerable margen de probabilidad y que al mismo tiempo le debe permitir, en principio, ejercer su derecho de defensa. Concebido sobre estos fundamentos, no parece posible dudar del carácter razonable del foro del domicilio del demandado<sup>57</sup>. Sin embargo, incluso los foros más razonables admiten una utilización abusiva, ya que los jueces y/o las partes pueden encontrar las herramientas y las circunstancias apropiadas para manipularlos.

Pero incluso reconociendo sus debilidades, el domicilio o la residencia habitual del demandado, basados sobre criterios de la realidad y no de la ficción y poniendo el acento más sobre los elementos objetivos que sobre los subjetivos, pueden razonablemente continuar a jugar el rol de foro normal, general, en el marco de los litigios internacionales ordinarios, sin descartar por esta razón la concurrencia con otros foros razonables. Existe, de otro lado, una idea bastante generalizada de que como el demandante es quien pretende modificar el *status quo*, no es desproporcionado, en principio, que la carga de ir a buscar al demandado caiga sobre sus espaldas<sup>58</sup>. Claro que esto no quiere decir que los

<sup>56</sup> J. SCHRÖDER, *Internationale Zuständigkeit*, Opladen, 1971, pp. 229 ss.

<sup>57</sup> Ver VON MEHREN, *supra* nota 28, p. 180.

<sup>58</sup> C.N. FRAGISTAS, « La compétence internationale en droit privé », *Recueil des Cours*, t. 104 (1961), p. 199; L. DE WINTER, « Excessive Jurisdiction in Private International Law », *ICQL*, 1968, p. 719 ; VON MEHREN, *supra* nota 28, p. 181.

derechos del demandado son ilimitados. La debilidad de éste es a menudo sólo teórica y a veces ni siquiera existe<sup>59</sup>.

B) Foro de necesidad

28. El foro de necesidad, que se configura como un remedio basado en el derecho fundamental de acceso a la justicia que permite otorgar competencia judicial internacional a jueces que en principio carecen de ella para evitar supuestos de denegación de justicia, se encuentra presente como norma de competencia indirecta –además de en el art. 2 de la Convención de la CIDIP III que regula esa materia- en el art. 565 CFPCMéx. La redacción es muy parecida. La norma mexicana dice, en efecto, que “el tribunal nacional reconocerá la competencia asumida por el extranjero si a su juicio éste hubiera asumido dicha competencia para evitar una denegación de justicia, por no existir órgano competente”. Pero a continuación agrega: “el tribunal mexicano podrá asumir competencia en casos análogos”, convirtiendo así el criterio en una auténtica norma atributiva de competencia, aunque esté ubicada en el capítulo destinado a la competencia indirecta<sup>60</sup>.

29. En Argentina esta figura fue introducida en la jurisprudencia por la Corte Suprema de la Nación en el caso “*E. Cavura de Vlasov c/ A. Vlasov*”, de 25/3/1960<sup>61</sup>. Esto demostraría que, al estar contruida sobre principios fundamentales, su consagración positiva no es indispensable. No obstante, en el art. 19 ProyArg se persigue tal consagración exigiendo cuatro requisitos para su operabilidad: la imposibilidad de iniciar la demanda en el extranjero, la vinculación suficiente con el país, la garantía de defensa en juicio y la eficacia de la decisión. El único realmente relevante sería el primero ya que los tres últimos son principios generales del sistema, aunque tratándose de una figura excepcional (extremo que debería introducirse expresamente en la norma) la inclusión de los mismos tal vez no sea superflua<sup>62</sup>. La fórmula retenida en el art. 54.i) ProyUrug es muy similar.

---

<sup>59</sup> VON MEHREN, *supra* nota 28, pp. 191-203. G.A.L. DROZ, « Les droits de la demande dans les relations privées internationales », *TCFDIP*, 1993-1994, p. 97 señala justamente que “a fuerza de que no escuchar hablar más que de los derechos de la defensa, a veces se tiene la impresión de que el demandante es un obstaculizador que anda merodeando, chicanero, agresivo, frente a quien hay que tener la munición preparada”.

<sup>60</sup> En el Proyecto de Código Modelo de derecho internacional privado, presentado el 24 de octubre de 2006 por Leonel PEREZNIETO CASTRO y Jorge Alberto SILVA en el Seminario de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (es decir, se trata aún de un Proyecto no oficial), el art. 157 incorpora el foro de necesidad como norma de competencia directa.

<sup>61</sup> *LL*, 98-287.

<sup>62</sup> *Cf.* el art. 3 de la Ley federal suiza de DIPr y, dentro del ámbito interamericano, art. 3136 CC de Québec.



### 3. Cuestiones necesitadas de reglamentación o reforma

#### A) Foro de la voluntad de las partes

30. Con sus restricciones y matices, es evidente que existe una tendencia universal a admitir que las partes en una relación jurídica puedan determinar el juez o árbitro que se encargará de resolver las controversias que se susciten en torno a ésta. La LVDIPr establece que la voluntad expresa (que deberá constar por escrito, art. 44) o tácita (que se configura cuando el demandado, personalmente o por medio de apoderado, realiza cualquier acto procesal que no sea el de proponer la declinatoria de jurisdicción u oponerse a una medida preventiva, art. 45) de las partes puede autorizar el ejercicio de la jurisdicción venezolana respecto de un demandado domiciliado en el extranjero. Cuando se trata de acciones relativas al estado de las personas o a relaciones familiares se exige “que la causa tenga una vinculación efectiva con el territorio de la República” (art. 42.2), exigencia que desaparece para las causas de contenido patrimonial (art. 40.4). La solución del Proyecto argentino (arts. 17 y 18) restringe incomprensiblemente la autonomía de la voluntad a los supuestos patrimoniales (situación que ya es admitida en el sistema vigente<sup>63</sup>) sin exigir tampoco conexión particular entre el caso y el tribunal escogido expresa o tácitamente; idéntica limitación a lo “patrimonial” se observa en la propuesta de “Bases Uruguay” (arts. 7.3 y 14.1 a 14.5). En los contratos de consumidores (art. 27) y de trabajo (art. 28), el Proyecto argentino no admite acuerdos de elección de foro; en los de transporte terrestre (art. 25), sólo si son posteriores al nacimiento del litigio. La solución adoptada en el Proyecto uruguayo (art. 54.d) tiene mucha similitud con la propuesta en Argentina, aunque las materias que se mencionan concretamente como no susceptibles de elección de foro son más (incluyendo los contratos de seguro y de transporte en general, y el derecho societario -arts. 48 y 49-).

31. No puede, sin embargo, ignorarse que en algunos países latinoamericanos siguen estando latentes ciertas prevenciones generales respecto a la autonomía de la voluntad<sup>64</sup>, actitud que no está a salvo de profundas contradicciones y que exige más argumentos que los que se conocen hasta el momento. Entre los países del MERCOSUR, con la excepción de Argentina (y con la restricción que acabo de mencionar), las normas y la jurisprudencia se han movido entre la vacilación y la negación lisa y llana de efectos a la voluntad de las partes en orden a la designación del juez competente<sup>65</sup>. Los esfuerzos de la organización subregional

<sup>63</sup> Art. 1 CPCN. Debe notarse que la jurisprudencia argentina ha sido en general muy receptiva con la prórroga de la competencia en materia contractual. Ver, por ejemplo, “*Inta S.A. c/ MCS Oficina Mecánica S.P.A. s/ ordinario*”, CNCom-E, 14/10/1993, ED, 157-129; “*Quilmes c/ Vigan S.A.*”, CNCom-C, 15/3/1991, ED, 150-305.

<sup>64</sup> De hecho, la fórmula consagrada en el art. 1.D. de la Convención sobre competencia indirecta de la CIDIP III, aplicable exclusivamente a los contratos mercantiles, exige, además de la conexión razonable entre el foro y el objeto de la controversia, que el acuerdo de voluntades sea escrito.

<sup>65</sup> Ver, en Paraguay, la restrictiva fórmula de los arts. 3 CPC (que admite la prórroga territorial “pero no a favor de jueces extranjeros”) y 6 COJ. En Uruguay, la del art. 2403 CC (“las reglas de competencia legislativa y judicial no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes”, la cual sólo puede actuar “dentro del margen que le confiere la ley

por dotarse de unas reglas más adecuadas a la realidad actual se han visto frenados por la actitud conservadora de algunos de sus Estados miembros que han dudado a la hora de ratificar los compromisos asumidos, sin que ello obste a la evidencia de la opción que ha escogido con claridad y determinación el MERCOSUR<sup>66</sup>. Esto queda de manifiesto con la aprobación en 1994 del Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual y en 1998 de los Acuerdos de arbitraje. Dicho Protocolo establece como regla de base la competencia de los jueces o árbitros a los que las partes se sometan expresa o tácitamente (arts. 4 a 6), excluyendo de su ámbito de aplicación los contratos con partes débiles<sup>67</sup>.

#### B) Eliminación del *forum causae* como regla general

32. Presente en los Tratados de Montevideo, está técnica para determinar el juez competente parece responder a la concepción de buscar el paralelismo entre el *ius* y el *forum*. En Uruguay constituye el principio general del sistema de competencia judicial internacional<sup>68</sup> y se mantiene, como criterio general, en el art. 54.c) ProyUrug y en el art. 7.1 de las “Bases Uruguay”. Fuera de la ventaja práctica de que el juez aplica en tal caso su propio derecho, no puede considerarse una regla aceptable con carácter general, desde que la determinación de la competencia y del derecho aplicable, si bien están muy vinculadas, responden a distintos principios, finalidades y técnicas. No sólo implica una alteración

---

competente). La jurisprudencia uruguaya ha sido contundente en la aceptación de esta restricción. Ver “*Banco de Seguros del Estado c/ Nedlloyd Lijnen BV*” (RTYS, 11, caso 193). De ahí la importancia de la solución adoptada en el Proyecto y las “Bases Uruguay”. Ver también J. TALICE, “La autonomía de la voluntad como principio de rango superior en el derecho internacional privado uruguayo”, en: *Liber Amicorum Operti Badán*, Montevideo, 2005, pp. 527-562. En Chile, la sentencia de casación de la Corte Suprema chilena de 13/5/2002 (RDJGT, 2002-2, 90), invalidó con argumentos formales la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que, confirmando a su vez una decisión de un Juzgado Civil de la misma ciudad, había aceptado la *derogatio fori* por sumisión expresa de las partes a tribunales extranjeros. Respecto de Brasil, recientemente se ha demostrado que existen bases constitucionales para la autonomía de la voluntad respecto del derecho aplicable. Ver L. GAMA JR., “Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito Internacional Privado brasileiro: Uma leitura constitucional do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável”, en: *Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*, Rio de Janeiro, 2006, pp. 609-610; ver también D.C. JACQUES, “A adoção do princípio da autonomia da vontade na contratação internacional pelos países do MERCOSUL”, en: *Estudos em homenagem a Erik Jayme*, Rio de Janeiro, 2005, pp. 277-306.

<sup>66</sup> Ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “International Contract Rules in Mercosur: End of an Era or Trojan Horse?”, *International Conflict of Laws for the Third Millennium. Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, Ardsley (NY), 2001, pp. 157-173, e *id.*, “What’s New in Latin American Private International Law?”, *Yearbook of Private International Law*, vol.VII, 2005, pp. 110-112.

<sup>67</sup> Como se sabe, para los consumidores se elaboró un Protocolo de jurisdicción específico en 1996, que no ha logrado todavía entrar en vigor.

<sup>68</sup> Está contenido en el art. 2401 CC. Ver C. FRESNEDO DE AGUIRRE, en D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (coord.), *Op.cit.*, pp. 249 y 251. Ver “*DFPO c/ Transporte Turismo Limitada, daños y perjuicios*” (RTYS, 10, caso 185).

secuencial del orden lógico de la resolución de los litigios pluriconectados sino que, además, traslada a sede jurisdiccional, donde está en juego nada menos que el derecho humano a la tutela judicial efectiva, los problemas particulares que puedan existir en el ámbito sustancial.

Por las razones indicadas, en el mejor de los casos, el *forum causae* puede tal vez servir como regla de cierre, cuando no existen otros criterios, ni especiales ni generales, para determinar la competencia<sup>69</sup>. Queda la posibilidad, más razonable, de que la figura se consagre en relación con materias muy concretas, como lo hace la LVDIPr en los arts. 41.1 (juicios relativos a universalidad de bienes) y 42.1 (acciones sobre estado de las personas y relaciones familiares)<sup>70</sup>. Claro que esto no significa para nada que la competencia y el derecho aplicable se confundan, como claramente lo ha expresado el máximo tribunal venezolano<sup>71</sup>.

### C) Eliminación de los foros exorbitantes

33. La determinación legal -y, en su caso, jurisprudencial- de la competencia del juez de un Estado para entender y decidir en una categoría o especie de situaciones privadas internacionales depende, en principio, de la vinculación de la misma con dicho Estado. Tal proximidad es lo que confiere razonabilidad a un foro de competencia. Lo opuesto a un foro razonable es un foro exorbitante, mediante el cual un Estado atrapa bajo su jurisdicción un supuesto que no le corresponde<sup>72</sup>. Lo fundamental de un foro exorbitante es, en primer lugar, que el elemento que se toma en consideración para fundar la competencia no es esencial a la relación jurídica regulada sino meramente tangencial o accidental, y eso cuando no es totalmente ajeno a la misma. Y en segundo lugar, no menos importante resulta considerar que la razón de ser de su consagración suele ir emparentada con la intención de beneficiar a la parte que tiene una conexión local, la que presenta un vínculo con el país cuyo ordenamiento incluye la norma de competencia exorbitante, en desmedro de la parte foránea. Según mi opinión, la falta de razonabilidad de la que adolecen por definición los foros exorbitantes, tampoco encuentra explicación por lo general en la noción de soberanía, y sólo excepcionalmente -en circunstancias muy particulares- cabe admitir que con la aplicación de un foro de este tipo se beneficie la realización de la justicia. Incluso

<sup>69</sup> A. DREYZIN DE KLOR / A. URIONDO DE MARTINOLI, en D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (coord.), *Op.cit.*, p. 170, entienden que los especiales desplazan a los generales. La interpretación parece lógica respecto del *forum causae* (en razón de argumentos sistemáticos y teleológicos y por aplicación de principios de interpretación como el del efecto útil), pero no tanto respecto del foro del domicilio del demandado. Ver, en la jurisprudencia argentina, la sentencia de la CNacCom-A, “*Icesa Industria de Componentes Eléctricos S.A. c/ Bravos S.A. Industria de Comercio Electrónico*” (ED, 108-602).

<sup>70</sup> Ver también los arts. 50.1 y 51.1.

<sup>71</sup> TSJ/SPA, n. 303, “*Siexmaca vs. Fletes Acme Venezolana, S.A.*”, de 7/3/2001. Ver T.B. DE MAEKELT, “Regulación de la jurisdicción en el sistema venezolano de derecho internacional privado”, *Homenaje a Juan María Rouvier*, Caracas, 2003, pp. 400-401.

<sup>72</sup> Ver, en la jurisprudencia argentina, la sentencia de la CnacCiv-F, de 28/2/1987, en “*Zapata Timberlake, Marta M.G. c/ Stehlin, Carlos J. s/ nulidad de matrimonio*” (ED 127-602).

cabe una apreciación general diametralmente opuesta debido a que en muchos casos la utilización de de estos foros puede llevar aparejada la vulneración de derechos fundamentales como el acceso a la justicia o la igualdad.

34. Dentro del sistema interamericano son conocidos los supuestos norteamericanos del foro de los negocios (*doing business*), que establece la competencia de los jueces del Estado por el hecho de que el demandado realiza actividades económicas en ese lugar, y del foro del emplazamiento, que consagra la competencia de los jueces del Estado en el cual el demandado recibe la cédula de emplazamiento (o la notificación de la demanda), aunque su presencia allí sea motivada por una casualidad<sup>73</sup>. Este último criterio es retenido en el art. 40.3 LVDIPr para las acciones de contenido patrimonial<sup>74</sup>. La presencia de foros exorbitantes en algunas legislaciones nacionales responde a razones a veces insondables donde suelen mezclarse la tradición jurídica con la pretensión de proteger ciertos intereses. Paradójicamente, su carácter más “sentimental” que razonable es lo que los hace más difíciles de remover. Pero si esa presencia puede llegar a ser tolerable en los sistemas estatales, queda claro que son absolutamente incompatibles con una reglamentación internacional en materia de competencia judicial internacional. Así se ha entendido en la Unión Europea, donde los foros exorbitantes están tajantemente prohibidos cuando el demandado tiene su domicilio en un Estado del sistema<sup>75</sup>, y en la Conferencia de La Haya de DIPr, en cuyo Proyecto de Convenio mundial de exequátur eran confinados a la “lista negra” de competencias, en función de las cuales no puede obtenerse eficacia extraterritorial<sup>76</sup>.

#### D) Limitación de los foros exclusivos

35. En algunas de reglamentaciones estatales se determinan más o menos concretamente los supuestos de competencia exclusiva. Tal es el caso del art. 89 CPC brasileiro, que limita la exclusividad a las acciones relativas a bienes inmuebles situados en Brasil y a los casos de inventario y partición de bienes situados en Brasil<sup>77</sup>. Con buen criterio, la jurisprudencia ha considerado que el primer supuesto sólo se refiere a las acciones reales y que el segundo se aplica en casos de sucesiones pero no en los de divorcio<sup>78</sup>. En la LVDIPr la referencia a la

---

<sup>73</sup> Ver la opinión crítica al respecto de F.K. JUENGER, en “Travelling to the Hague in a Worn-out Shoe”, *Pepp. L. Rev.*, 29, 2001, p. 9.

<sup>74</sup> Para una visión positiva de esa inclusión, ver E. HERNÁNDEZ-BRETÓN, “Algunas cuestiones de derecho procesal civil en la Ley de derecho internacional privado”, *Libro homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Caracas, 2001, pp. 389-390.

<sup>75</sup> Arts. 3 Convenio de Bruselas y Reg. 44/2001.

<sup>76</sup> Art. 18.2.

<sup>77</sup> Ver, entre muchas otras, STJ – Resp 9.830 – SP – 3ª T. – Rel. Min. Nilson Naves (*DJU* 23/11/1992). Ver también art. 12.1 LICC.

<sup>78</sup> Ver STF - RE n. 90.961 (*DJU* 11/10/1985), e Informativo 272 (SEC-7.146), respectivamente. Ver N. DE ARAUJO (nota 50), pp. 212-215 y 270; J. SAMTLEBEN, “Brasilien”, en *Der Internationale Rechtsverkehr*, 2003-IV, 1023.8; J. DOLINGER, “Brazilian International Procedural Law”, en J. DOLINGER / A. ROSEN (dir.), *A Panorama of Brazilian Law*, Miami, 1992, pp. 358 ss.

competencia exclusiva tiene una textura más abierta ya que si bien existen referencias expresas al caso de los derechos reales sobre inmuebles, las mismas se establecen como límite a la sumisión a tribunales diferentes a los del lugar de situación de dichos bienes (arts. 46 y 47) y como criterio específico de competencia indirecta (art. 53.3); paralelamente, se realizan otras menciones más imprecisas, como son la referencia a los principios esenciales del orden público venezolano (en el art. 47) o la negación de efectos a una sentencia extranjera “cuando se haya arrebatado a Venezuela la jurisdicción exclusiva que le correspondiere para conocer del negocio” (en el art. 53.3)<sup>79</sup>. Si se tiene en cuenta que precisamente esos artículos son los que contienen la referencia expresa al *forum rei sitae*, parece que esas referencias genéricas contemplan la posibilidad de otros casos, no determinados -como sería deseable- de competencia exclusiva<sup>80</sup>.

El art. 45 ProyArg se inspira claramente en el sistema comunitario europeo<sup>81</sup>, tal como hacía con mayor fidelidad el anterior Proyecto de ese país y como lo hacen las “Bases Uruguay”<sup>82</sup>, mejorando el modelo al limitar las competencias exclusivas a las acciones reales sobre inmuebles (el sistema europeo y las “Bases Uruguay” abarcan también, asombrosamente, los contratos de alquiler) situados en Argentina, los supuestos de inscripción en registros públicos argentinos y los asuntos sobre propiedad industrial con registro o depósito en Argentina. Es curioso que en este caso sí se utilice una formulación unilateral de las normas de competencia (referidas únicamente a los casos planteados ante tribunales argentinos), lo que lleva a dudar del “efecto reflejo” de las mismas, es decir, de la aceptación de que los jueces de otros Estados puedan considerarse exclusivamente competentes en casos similares (o en otros)<sup>83</sup>, extremo que se confirma en la inadecuada e inútil (al menos en tanto norma de competencia directa) norma del art. 33 que establece: “en las acciones reales sobre inmuebles son competentes los tribunales del lugar de situación de los bienes”<sup>84</sup>. Diferente es la concepción reflejada en el art. 568 CFPCMéx en el cual se acierta al incluirlo en el capítulo referido a la competencia indirecta pero dándole un contenido muy expansivo, a la vez que difícilmente calificable como de carácter privado en relación con varios de sus postulados<sup>85</sup>.

<sup>79</sup> En el art. 58 LVDIPr señala, con razón, que la competencia exclusiva venezolana no puede quedar afectada por supuestos de litispendencia o conexidad internacionales.

<sup>80</sup> Ver T.B. de MAEKELT, *loc.cit.*, p. 400, y el sugerente trabajo de L.E. RODRÍGUEZ, « Algunas consideraciones sobre la jurisdicción inderogable y la jurisdicción exclusiva (tres niveles de la exclusividad) », *DeCITA*, núm. 4, 2005, pp. 147-173.

<sup>81</sup> Arts. 16 Convenio de Bruselas sobre competencia y reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras y 22 Reglamento 44/2001 que lo “comunitariza” (Reg. 44/2001).

<sup>82</sup> Me refiero al Proyecto de 1999, concebido como Libro VIII del CC.

<sup>83</sup> Ver la admisión de tal efecto en la jurisprudencia brasilera en STF – RE 99.230-8 – RS – 1ª T. – Rel. Min. Rafael Mayer (*RT* 595/290); STJ – Resp 37.356-5 – SP – (93.21262-1) – 4ª T. – Rel. Min. Barros Monteiro (*DJU* 10/11/1997).

<sup>84</sup> Inadecuada e inútil porque la norma, como antes señalé, sólo puede referirse a la competencia de los tribunales argentinos, cuestión regulada, como competencia exclusiva, en el art. 45 ProyArg.

<sup>85</sup> La norma hace referencia a asuntos que versen sobre: “tierras y aguas ubicadas en el territorio nacional, incluyendo el subsuelo, espacio aéreo, mar territorial y plataforma

36. La determinación clara de una lista acotada de supuestos en los cuales los jueces y tribunales del país son los únicos autorizados para entender es algo que cualquier sistema puede tolerar y difiere en mucho de la consideración de la exclusividad como regla, auténtica perversión del sistema. Puede discutirse si tal o cual materia debe incluirse o no en la lista, pero el esfuerzo por confeccionarla vale la pena porque significa tanto como admitir las características intrínsecas de las relaciones privadas internacionales y permitir el juego normal de las normas que las reglamentan. Pero no debe perderse de vista que la calificación como exclusiva de una competencia adquiere sentido cabal dentro de ese sector (el de la competencia judicial internacional) cuando se incluye en normas internacionales, ya que allí despliega tanto un efecto positivo para el juez exclusivamente competente como negativo para los jueces de todos los demás Estados, que no podrían intervenir. En el DIPr autónomo, en cambio, decir que un foro es exclusivo sólo cobra importancia dentro del sector de la competencia en supuestos tales como la litispendencia<sup>86</sup> y, en cualquier caso, es un argumento para rechazar esa litispendencia pero no puede impedir que el juez del otro Estado se siga considerando competente. Donde sí adquiere mucha relevancia es en el sector del reconocimiento, ya que si un Estado considera que sus jueces son exclusivamente competentes para los casos sobre una materia en ningún caso van a poder aceptarse efectos de decisiones adoptadas por jueces extranjeros, por definición incompetentes. A pesar de esto, en Uruguay se ha llegado a defender la idea de que todos los foros previstos en la legislación nacional serían exclusivos, dotándoles además de cierta validez universal, en el sentido de sólo cabría reconocer resoluciones extranjeras cuando el juez hubiera sido competente según criterios recíprocos a los de dichos foros pretendidamente exclusivos<sup>87</sup>. Tal vez sea por una reacción a esta postura que el Proyecto uruguayo no hace ninguna referencia a la competencia exclusiva en tanto competencia directa.

---

continental, ya sea que se trate de derechos reales, de derechos derivados de concesiones de uso, exploración, explotación o aprovechamiento, o de arrendamiento de dichos bienes; recursos de la zona económica exclusiva o que se relacionen con cualquiera de los derechos de soberanía sobre dicha zona, en los términos de la ley Federal del Mar; actos de autoridad o atinentes al régimen interno del Estado y de las dependencias de la Federación y de las entidades federativas; régimen interno de las embajadas y consulados de México en el extranjero y sus actuaciones oficiales; y en los casos en que lo disponga así otras leyes”. Como puede verse, en varios de los supuestos retenidos es difícil imaginar la misma existencia de una sentencia extranjera. El artículo es, de cualquier modo, muy “potente”. De hecho, es incluido sin cambios, en el art. 158 del innovador ProyMex de 2006.

<sup>86</sup> Ver art. 58 LVDIPr.

<sup>87</sup> Tal es la comprensión que se encuentra en S. CÓRDOBA, “Efectos de la sentencia extranjera en la actividad notarial”, *Rev. AEU*, vol. 83, n. 1-12, pp. 96-97, respecto de las normas de competencia previstas en el Apéndice al Código Civil uruguayo.

#### 4. Cuestiones conflictivas

##### A) Litispendencia

37. En el art. 46 ProyArg se incorpora una reglamentación expresa de la litispendencia internacional, estableciendo que “los tribunales argentinos suspenderán el juicio si fuera previsible que la decisión extranjera pudiera ser reconocida en el país”. En el segundo párrafo se señala que la suspensión se levantará si el juez extranjero declina su competencia, si el proceso extranjero se extingue sin que exista solución sobre el fondo o si allí se dicta una sentencia que no es susceptible de reconocimiento en el foro. La redacción de la norma no incluye precisiones procesales para la puesta en práctica de la norma, que tendrán que existir si se la quiere hacer realmente operativa. La fórmula empleada en el primer párrafo parece indicar la posibilidad de actuación de oficio, aunque en estos casos es normalmente el demandado el que pone en conocimiento del juez la existencia del juicio en el extranjero. Pero en el segundo lo que se dice textualmente es que “el proceso suspendido podrá continuar” si se da alguna de esas circunstancias, con lo cual la implementación de la norma no queda muy clara. A pesar de sus limitaciones, la norma abre una senda que debe transitarse con decisión<sup>88</sup>.

En las “Bases Uruguay” (art. 4), se contempla no sólo la litispendencia sino también la conexidad, reproduciendo fielmente las normas de los arts. 21 a 23 de la Convención europea de Bruselas de 1968 (la cual, como se sabe, ha sido sustituida por el Reglamento comunitario 44/2001 que, entre otras cosas, modifica la reglamentación sobre estos temas). En la vereda de enfrente, puede traerse a colación la norma del art. 90 del Código de Processo Civil (CPC) brasilero donde se niega expresamente efectos a la litispendencia internacional en los siguientes términos: “A ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas”<sup>89</sup>. El Proyecto Mexicano de 2006 sigue la pauta brasileña en el art. 161.

##### B) *Forum non conveniens*

38. Volviendo a las cuestiones señaladas respecto de las enseñanzas que debemos sacar de la Conferencia de La Haya, debe ponerse de relieve que el tema del *forum non conveniens*<sup>90</sup> adquiere (o ha adquirido) en las Américas un perfil

<sup>88</sup> Ver, en la jurisprudencia venezolana, la decisión del TSJ/SPA n. 1121 de 18/9/2002, donde pese a que el tribunal rechaza en el caso concreto la litispendencia internacional parece decir que la misma es perfectamente aceptable.

<sup>89</sup> La jurisprudencia brasilera ha aplicado sin matices esta solución. Ver STJ – Resp 2.170 – SP – 3ª T. – Rel Min. Eduardo Ribeiro (*DJU* 3/9/1990); TJSP – AC 53.546-1 – 3ª C. – Rel. Des. Toledo César (*RJ* 112/220). Ver también, N. DE ARAUJO, *Direito internacional privado. Teoria e prática brasileira*, Rio de Janeiro / São Paulo, 2003, pp. 208-209 y nota 419.

<sup>90</sup> Ver art. 22 del Proyecto de La Haya. Ver A.T. VON MEHREN, *supra* nota 28, pp. 413-416. Téngase en cuenta que el Institut de droit international en su Sesión de Brujas (2003)

muy singular. Para ser muy sintético, me limitaré a decir que este mecanismo que, como tantas otras herramientas jurídicas, no es ni bueno ni malo en abstracto sino que depende de cómo y para qué se lo utiliza, está siendo cada vez más controvertido en relación con algunas controversias que se plantean en el ámbito interamericano. En particular me refiero a los supuestos de algunos daños masivos sobre las personas y/o el medioambiente producidos por empresas norteamericanas en países latinoamericanos<sup>91</sup>. Los damnificados se encuentran con que cuando intentan accionar ante el juez competente del domicilio del demandado, éste suele declararse “foro no conveniente” a solicitud de los abogados de las empresas, obligando a aquéllos a presentar las demandas ante los jueces del lugar de producción del daño (foro concurrente) y a cargar, en consecuencia, con los defectos y limitaciones que pueda tener allí la administración de justicia<sup>92</sup> y a conformarse con una indemnización en principio mucho menor<sup>93</sup>.

Los endebles argumentos que se han utilizado para declinar la competencia han llevado a algunos países a adoptar normativa “anti *forum non conveniens*”, las cuales incorporan dos elementos básicos: a) la no aceptación del “reenvío jurisdiccional”, con lo cual se busca convencer al juez del otro Estado de que no

---

declinó adoptar una resolución sobre esta materia considerando que eso sería demasiado ambicioso especialmente desde que las negociaciones en la Conferencia de La Haya han dejado claro “que el consenso internacional es difícil, y tal vez imposible, de alcanzar. *Ann. IDI*, 70-I, 2002-2003, pp. 13 ss., esp. p. 94. Obviamente, el problema de base es que se trata de una institución sólo contemplada en los sistemas tributarios del *common law*, con la única y particular excepción de Québec (art. 3135 CC). Inspirándose en éste, el Proyecto argentino de 1999 también lo incluía, en los siguientes términos: “un tribunal argentino competente podrá, excepcionalmente y a petición de parte, declinar su competencia si estima que las autoridades de otro Estado son más adecuadas para resolver el litigio” (art. 6). En Venezuela la doctrina ha sido descartada expresamente en la sentencia TSJ/SPA n. 1543 de 18/7/2001. Sin embargo, para T.B. DE MAEKELT, *loc.cit.*, 401-404, desde que la LVDIPr “deroga formalmente el decadente principio de preferencia de la jurisdicción venezolana frente a la jurisdicción extranjera”, “nada se opone a su aplicación, especialmente en dos situaciones: cuando la jurisdicción presenta poca vinculación con el caso o cuando el sometimiento a los tribunales, en este caso venezolanos, conduce a resultado evidentemente injusto. En este último supuesto deberá aplicarse con todo su rigor”. Además, recuerda que la legislación venezolana ya acepta el *forum non conveniens*, limitadamente, en el art. 333 de la Ley de comercio marítimo.

<sup>91</sup> Ver, A.M. GARRO, “*Forum non conveniens*: disponibilidad y adecuación en los foros latinoamericanos desde una perspectiva comparada”, *DeCITA*, núm. 4, 2005, pp. 174-206; J.A. VAN DETTA, “Justice Restored: Using a Preservation-of-Court-Access Approach to Replace Forum non Conveniens in Five International Product-Injury Case Studies”, *Northwestern Journ. of Int’l L. & Bus.*, 24-1, 2003, pp. 53-106. Ver también el documento antes citado preparado por Carlos Manuel VÁZQUEZ –CJI/doc. 133/03-. Ver *Informe anual del Comité Jurídico Interamericano a la Asamblea General*, 2003, pp. 152-154.

<sup>92</sup> Ver E. BUSCAGLIA, “A Quantitative Assessment of Efficiency of the Judicial Sector in Latin America”, *Int’l Rev. of L. and Econ.*, 1997, pp. 275 ss.

<sup>93</sup> Ver A.M. GARRO, *loc. cit.*; H.S. DAHL, “*Forum non conveniens*: Latin America and Blocking Statutes”, *Univ. Miami Inter-Am. L. Rev.*, vol. 35, 2003, pp. 21 ss. Ver, sin embargo, M.C. GORDON, “Forum non conveniens Misconstrued: A Reponse tu Henry Saint Dahl”, *Univ. Miami Inter-Am. L. Rev.*, vol. 38, 2006, pp. 141-184.



habrá foro alternativo; b) la aplicación del derecho del Estado extranjero a la determinación de los daños y al cálculo de las indemnizaciones en los casos en que, de todos modos, el juez de éste se declare no conveniente, mediante la cual se pretende desalentar al demandado respecto de la aplicación de un derecho menos exigente con él<sup>94</sup>. La eficacia real de estas legislaciones, limitada en principio por la carencia de efecto extraterritorial *per se* de cualquier reglamentación estatal de competencia judicial internacional, está por verse<sup>95</sup>. De momento, lo que nos indican es que de plantearse una reglamentación convencional interamericana que incluya dentro de su ámbito material la responsabilidad extracontractual las opciones fluctuarán entre la prohibición lisa y llana (o desconocimiento de efectos extraterritoriales) de este mecanismo<sup>96</sup> y su aceptación limitada a supuestos excepcionales acompañada de unos recaudos muy concretos que impidan su utilización abusiva<sup>97</sup>.

#### IV. A modo de conclusiones: ¿es posible y deseable una reglamentación interamericana de la competencia judicial internacional?

1. El sector de la competencia judicial internacional es hoy por hoy el eje alrededor del cual gira el DIPr. Si esto es indudablemente así en el ámbito del DIPr vivo -el que llega a los tribunales- tanto en su faceta “científica” -como

<sup>94</sup> Para ver las reformas o iniciativas legislativas, así como decisiones judiciales relevantes en la materia, producidas en Dominica, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y (anterior) Panamá, ver H.S. DAHL, *loc.cit.* y *Dahl's Law Dictionary/Diccionario Jurídico Dahl*, 3ª ed., Búfalo/Nueva York, 1999, voz “*forum non conveniens*”. Allí se incluye una Ley Modelo sobre la materia (con sólo dos artículos que contienen los dos elementos básicos mencionados) preparada por un “foro permanente” de la organización conocida como “Parlatino” (Parlamento Latinoamericano). Ver recientemente, D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Panamá: nueva Ley de juicios internacionales”, *IBA L. Rev.*, vol. 5, 2007, [www.iaba.org](http://www.iaba.org)

<sup>95</sup> Lo que sí es posible es que los Estados latinoamericanos apliquen criterios que son típicos del derecho norteamericano. Ver, por ejemplo, mi comentario “Notes on Nicaraguan Litigation: A Judgment Issued under Act 364” [Rules against *forum non conveniens* – Act 364, *Special Act to Prosecute Lawsuits Filed by People Affected by the Use of Pesticides Manufactured with DBCP*. Damages in Nicaragua caused by an American company. Application of the American standards to the recovery: *Miguel Sanchez Osorio et al. v. Standard Fruit Company et al*, judgment 0271-2005, issued by the Hon. Socorro Toruño Martínez, Judge of the Second Civil and Labor Court of the Chinandega District, Nicaragua], *IBA L.Rev.*, vol. 5, 2007, [www.iaba.org](http://www.iaba.org)

<sup>96</sup> Ver en este sentido la “Propuesta de una Convención interamericana sobre efectos y tratamiento de la teoría del *forum non conveniens*”, presentada en el CJI por G. TREJOS SALAS (CJI/doc. 29/99 y CJI/doc. 2/00). Ver también H.S. DAHL, “Propuesta para una Ley Modelo latinoamericana para juicios internacionales”, *DeCITA*, 3, 2005, pp. 392-399.

<sup>97</sup> En particular, debe quedar claro que el *forum non conveniens* nunca puede ser utilizado en beneficio de una de las partes y en consecuente perjuicio de la otra. Así, por ejemplo, los Principios de proceso civil transnacional de ALI / UNIDROIT ([www.unidroit.org](http://www.unidroit.org)) contemplan el recurso al *forum non conveniens* (Principio 2.4) pero señalando que el mismo “debe ser interpretado a la luz del principio de igualdad procesal de las partes, que prohíbe todo tipo de discriminación fundada sobre la nacionalidad o la residencia” (comentario P-2F).

D. P. FERNÁNDEZ ARROYO

disciplina autónoma-, como en su faceta académica y docente -como asignatura-, no tiene sentido que no se refleje en el marco del DIPr escrito. Ya algunos países de la región han visto la lógica de la reglamentación de la competencia judicial en un capítulo o título específico dentro de una ley especial de DIPr (LVDIPr y Proyectos de Argentina, Uruguay y (no oficial) México).

2. Con la tendencia a la legislación estatal de la competencia judicial internacional -ada una diferente de las otras- puede ocurrir, sin embargo, que los ordenamientos estatales se erijan en compartimentos estancos que hagan difícil su funcionamiento armónico. Unas normas comunes de competencia que permitan alcanzar esa armonía son entonces necesarias.

3. La integración de los mercados y la internacionalización de la vida exigen respuestas adecuadas de los ordenamientos jurídicos. Entre ellas, el establecimiento de unos criterios básicos para la distribución de la competencia judicial, fundados en la razonabilidad, la concurrencia de foros y el respeto de los derechos fundamentales, deben concitar una atención privilegiada.

4. La CIDIP, al concitar la presencia de todos los países de la región (con la tan conocida como antigua “suspensión” de Cuba), es el ámbito propicio para cualquier reglamentación que pretenda ser interamericana. Pero si el ámbito interamericano (o algunos países) no se muestra favorable, los Estados latinoamericanos no deberían demorarse en poner manos a la obra con esta reglamentación. A falta de una instancia auténticamente latinoamericana, podría empezarse incluso por algún sistema de integración concreto, como el MERCOSUR o mejor, si se avanza en su constitución, la Comunidad Sudamericana de Naciones.

5. La reglamentación en cuestión no debería pretender abarcar completamente todos los aspectos de la competencia judicial internacional ni aferrarse desesperadamente -como si fuera la única opción- a la metodología convencional. Lo importante es que una serie de reglas fundamentales queden plasmadas con total claridad, de modo de facilitar la solución efectiva de los cada vez más numerosos casos interamericanos, garantizando el respeto a los derechos fundamentales implicados en el proceso.