

Propuestas para una evolución deseable del problema de la competencia judicial internacional*

Diego P. Fernández Arroyo**

SUMARIO: I. Introducción.– II. Las claves de la cuestión de la competencia judicial internacional: 1. *Los problemas básicos y las opciones para su solución.* 2. *El rol primordial de la dimensión procesal del DIPr.* 3. *La relatividad del problema de la competencia judicial internacional.*– III. Las soluciones universales: 1. *¿Hay espacio todavía para intentar una convención universal en materia de competencia judicial internacional y eficacia de resoluciones judiciales?* 2. *El papel de las organizaciones sectoriales.* 3. *Armonización a través del soft law: ¿hacia un desarrollo de los Principios ALI/UNIDROIT sobre el proceso civil transnacional?* 4. *¿Armonización mediante la multiplicación de tratados bilaterales?* 5. *La carta transnacional:* A) El desarrollo de la reglamentación extrajudicial de los litigios internacionales; B) Las posibilidades de la resolución electrónica de los litigios internacionales.– III. Las opciones regionales: 1. *Pro y contra de la reglamentación regional de la competencia judicial internacional.* 2. *África.* 3. *América.* 4. *Asia.* 5. *Europa y la Unión Europea.*– IV. La acción de los legisladores y de los jueces nacionales: 1. *Sobre la competencia directa.* 2. *Sobre la competencia indirecta.*– V. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. Una de mis primeras actividades académicas dentro del DIPr argentino me puso en contacto con Gualberto Lucas Sosa. Fue con ocasión de participar en la organización de unas jornadas de la materia que tuvieron lugar en la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, en 1988. Uno de los dos temas elegidos como objeto de dicha actividad fue el de las normas de DIPr presentes en los códigos procesales provinciales. Un dato que generó en mí no poca curiosidad fue que todas las personas consultadas a efectos de la designación de un relator general sobre el tema mencionado coincidieron en señalar que sólo el Profesor Sosa podía encargarse satisfactoriamente de esa ardua tarea. Y si bien no puedo asegurar que fuera cierto que él era el único especialista capaz de lidiar con ese tema, sí puedo, en cambio, afirmar con rotundidad que lo hizo de forma mucho más que satisfactoria, por la profundidad, extensión y minuciosidad con que abordó la cuestión. Todo eso, con ser importante, me llamó menos la atención que dos rasgos de la personalidad del Profesor Sosa: la forma humilde, nada jactanciosa, de realizar una presentación tan erudita, y su abierta y afectuosa manera de comunicarse con todos, sobre todo con los más jóvenes.

A partir de allí, siempre tuve con Gualberto una relación cordial que se fue haciendo más familiar con los años. Nos veíamos poco, pero manteníamos una constante relación

* Esta contribución es una adaptación del último capítulo de “Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales”, *Recueil des cours*, t. 323 (2006), pp. 9-259.

** Profesor de la Universidad Complutense de Madrid. Presidente de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (www.asadip.org).

epistolar. El azar quiso que el que sería nuestro último encuentro se produjera en el mismo lugar del primero, con ocasión de formar los dos parte de un jurado para la provisión de plazas de titulares y adjuntos. Curiosamente o no, coincidimos exactamente en la valoración y en la calificación de cada uno de los concursantes y pasamos, pese a que la función de jurado de concursos docentes en la Universidad argentina no es precisamente de las más gratas que alguien pueda ejercer, una jornada sumamente agradable. Gualberto se mostró muy interesado en la evolución que estaba experimentando el DIPr europeo y entre las muchas cuestiones de las que hablamos estuvo la de las posibilidades que tendríamos en América para concebir e implementar un sistema eficaz de competencia judicial y circulación internacional de decisiones judiciales. Así que esta contribución, que es posible gracias al tesón y el buen hacer del Profesor Mario Oyarzábal, no pretende ser otra cosa que la continuación de aquella conversación y un modesto pero sentido homenaje a un excelente profesor y mejor persona.

II. Las claves de la cuestión de la competencia judicial internacional

1. Los problemas básicos y las opciones para su solución

2. La determinación de los criterios según los cuales un juez o tribunal estatal está llamado a decidir un caso de DIPr (es decir, un litigio que versa sobre una relación jurídica de carácter privado cuyos elementos están vinculados con dos o más ordenamientos jurídicos), es una tarea que se enfrenta a problemas de distinta índole. Dejando de lado los que son de orden puramente académico (entre los que se encuentra, cómo no, el relativo a la propia denominación de este sector crucial del DIPr¹), a los fines de esta contribución lo que más merece la pena destacar es que, por un lado, lo que resulta normal en los casos de los que se ocupa esta disciplina es que existan potencialmente varias jurisdicciones dispuestas a intervenir para resolver cada litigio particular que ellas suscitan (principio general de concurrencia de foros²) y que, por otro lado, los criterios para justificar la concreción de esa “disposición a intervenir” presentan diferencias muy considerables en los distintos sistemas jurídicos³. Si bien estos dos problemas no son en principio otra cosa que la manifestación del carácter esencialmente incierto del DIPr en el concreto sector de la competencia judicial, la implicación que tienen aquí los derechos fundamentales hace que dicha incertidumbre adquiera una trascendencia muy singular en esta materia.

Si todos los Estados respetaran a rajatabla el principio de concurrencia de foros, producto estricto de la realidad de los casos de DIPr y de la división del mundo en Estados independientes (que sigue allí pese a la creciente internacionalización y al

¹ Ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados del MERCOSUR*, Buenos Aires, Zavallía, 2003, pp. 137-139.

² En principio y en términos muy generales, todas las jurisdicciones vinculadas de alguna manera con el caso pueden mostrarse proclives a que sus tribunales se ocupen de la resolución del litigio.

³ Ver, en general, A.T. VON MEHREN, “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. 9-431.

surgimiento y consolidación de entidades supranacionales), y si sólo se permitieran autorizar a sus tribunales a intervenir cuando tales casos estén sustancialmente relacionados con ellos (principio de razonabilidad), la determinación de la competencia judicial en los casos concretos no adquiriría normalmente los ribetes dramáticos que a veces presenta. Pero la cuestión es que existe una inveterada tradición que lleva a los Estados a apropiarse de casos a pesar de la ausencia de dicha conexión sustancial, a hacerlo comprometiendo los más esenciales derechos las partes y/o a considerarse los dueños exclusivos de determinados casos. Desde hace mucho tiempo se realizan esfuerzos para limitar los efectos perniciosos de estas tendencias a la exorbitancia y al exclusivismo, esfuerzos que hasta ahora han sido sólo parciales, tanto en lo geográfico como en lo material.

El objetivo de esta contribución es presentar diferentes opciones para evitar las distorsiones causadas por los foros “anormales”. Dichas opciones son establecidas a partir del reconocimiento del rol central de los derechos fundamentales y de la cooperación internacional en materia de “conflicto de jurisdicciones”. En el desarrollo de tales opciones, podrá apreciarse que fuera del mundo clásico de esta materia, con sus normas de competencia a veces absurdas y sus lentos procesos, hay otro mundo en el cual esas normas y procesos pierden buena parte de su relevancia. La idea entonces es presentar las opciones para mejorar el funcionamiento de la materia en los diferentes niveles, desde los que pueden analizarse las relaciones internacionales: universal, transnacional, regional y nacional. Pero, antes de entrar en materia, es tal vez conveniente realizar ciertas puntualizaciones generales sobre la importancia y, al mismo tiempo, la relatividad de la cuestión de la competencia judicial internacional. No hay contradicción en la utilización de estos términos – importancia y relatividad – porque ellos se manifiestan en diferentes contextos. De un punto de vista filosófico, podríamos hablar aquí del “en sí” y del “para sí” de la competencia judicial internacional y, por extensión, de todas las cuestiones de carácter más bien procesal del DIPr.

2. *El rol primordial de la dimensión procesal del DIPr*⁴

3. La importancia primordial de la competencia judicial internacional es uno de los datos más relevantes del DIPr actual⁵. Resulta claramente evidente que el centro de la discusión del DIPr ha sido desplazado de los problemas del derecho aplicable a problemas tales como la competencia, los efectos de las decisiones extranjeras y la cooperación entre autoridades de distintos Estados⁶. Y una de las razones esenciales para este desplazamiento es que es en estos últimos problemas donde los derechos

⁴ El contenido esencial de este epígrafe aparece ya en los dos primeros párrafos de la Introducción a “Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana”, publicado en *Curso de Derecho Internacional* (Comité Jurídico Interamericano –OEA–), XXXIII, 2006, pp. 293-325 (reproducido en *Estudios de derecho internacional. Libro Homenaje al Profesor Santiago Benadava*, t. II, Santiago, Librotécnica, 2008, pp. 117-152).

⁵ Ver E. JAYME, « Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne », *Recueil des cours*, t. 251 (1995), pp. 47-48.

⁶ Acerca de la profunda mutación de la estructura y el funcionamiento de la cooperación entre autoridades de distintos Estados en materia de DIPr, ver P. SCHLOSSER, “Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation”, *Recueil des cours*, tome 284 (2000), pp. 381 ss. Ver también D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho internacional privado (una mirada actual sobre sus elementos esenciales)*, Córdoba, Advocatus, 1998, pp. 61-67.

fundamentales se encuentran más comprometidos⁷. Esto significa que no se trata de una simple elección entre diversas opciones sino de la realización o de la frustración del ejercicio de los derechos de acceso a la justicia y de defensa. Es lógico que los legisladores, los tribunales y la doctrina se preocupen más por estas cuestiones que por ciertos aspectos más bien teóricos de la determinación del derecho aplicable.

4. El desplazamiento de las cuestiones de derecho aplicable del centro de la escena del DIPr tiene también una relación directa con el aumento exponencial de los casos de DIPr o, utilizando otras palabras, con el salto del DIPr académico al DIPr real⁸. Varias razones explican este fenómeno. En primer lugar, si se analiza el modo en que ha ido evolucionando la reglamentación del derecho aplicable en las últimas décadas, puede observarse que muchas de las soluciones divergentes que provocaban hasta no hace mucho algunos de los típicos problemas de aplicación (esos a los que la doctrina clásica se refiere como los “problemas generales” o los problemas de la “parte general”⁹), han dado paso a soluciones más homogéneas y, en ciertos casos, has sido parcialmente corregidas por medio de soluciones materiales. Así, una parte nada desdeñable (si bien nunca la totalidad) de las preocupaciones causadas por la histórica discusión entre la nacionalidad y el domicilio en cuanto puntos de conexión para las relaciones personales han perdido su importancia debido a la generalización del recurso a la residencia habitual¹⁰. También, reglamentaciones materiales como la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980 o los Principios del UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (1994/2004) hacen olvidar algunas de las dificultades provocadas por la utilización de los puntos de conexión lugar de celebración y lugar de ejecución del contrato¹¹. Al mismo tiempo, varias cuestiones que antes eran tratadas exclusivamente o en una gran medida desde el punto de vista del derecho aplicable son ahora abordadas desde la perspectiva de la cooperación de autoridades. La evolución del tratamiento de la protección de menores por la Conferencia de La Haya a lo largo del siglo pasado es un ejemplo contundente al respecto.

5. Hay también razones importantes para el desplazamiento del eje del DIPr que muestran un perfil más práctico. De un lado, hoy los jueces continúan aplicando la *lex fori* en un gran número de casos, actitud que reduce el alcance real de las cuestiones de derecho aplicable. En muchos ordenamientos jurídicos tal actitud se basa en la consideración de que el derecho extranjero es un hecho (independientemente de la terminología utilizada) que las partes deben invocar y probar para lograr su aplicación. De otro lado, como muchas situaciones se limitan a discutir las cuestiones de competencia judicial, la jurisprudencia tiene más posibilidades de pronunciarse sobre

⁷ H. GAUDEMET-TALLON, “Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel). Cours général”, *Recueil des cours*, t. 312 (2005), p. 343.

⁸ Ver 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”).

⁹ Ver T.B. DE MAEKELT, « General Rules of Private International Law in the Americas », *Recueil des Cours*, tomo 177 (1982-IV), pp. 193-379.

¹⁰ B. AUDIT, *Droit international privé*, 5ª ed., París, Economica, pp. 126-130.

¹¹ Sobre el impacto real de ambos textos ver, respectivamente, F. FERRARI (dir.), *The CISG and its impact on national legal systems*, München, Sellier, 2008, y L. GAMA JR., “Os Principios do UNIDROIT na prática arbitral: Uma análise de casos (1994-2007)”, *DeCITA*, vol. 9, 2008, pp. 119-139.

esta materia que sobre el derecho aplicable. Además, las cuestiones de eficacia de las decisiones y de cooperación de autoridades son frecuentemente presentadas de manera autónoma, tienen su propia “forma de ser”, sus propias reglas y principios, y el derecho aplicable al fondo, si las afecta, sólo lo hace parcialmente.

6. Todas estas razones hacen que la determinación del derecho aplicable no se sitúe más en el centro del DIPr (y esto es especialmente cierto si los problemas de derecho aplicable son concebidos a la manera clásica, “conflictual”) y que ese lugar sea ocupado ahora por los aspectos vinculados al proceso y a la cooperación internacional, dentro de los cuales la competencia judicial – al menos por razones cronológicas en los litigios reales – a adquirido una importancia singular. Una parte esencial de las discusiones 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.

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 remó¹². 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 éxito¹³.

3. La relatividad del problema de la competencia judicial internacional

7. Situados en sus justos términos los componentes actuales del DIPr, debe tomarse en cuenta que el mundo, incluso en el concreto mundo de las relaciones privadas internacionales, no se agota en el DIPr que podríamos considerar como “clásico”. Al contrario, todo un vasto universo se abre más allá de los confines tradicionalmente reconocidos al DIPr. Y es en esa onda que puede hablarse de “relatividad” de la competencia judicial internacional. Hasta un tema de tanta importancia como éste puede

¹² Ver J.J. BARCELO III / K.M. CLERMONT (dirs.), *A Global Law of Jurisdiction and Judgments: Lessons from The Hague, La Haye et al*, Kluwer Law International, 2002.

¹³ Ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (nota *), pp. 186-187.

volverse menos significativo cuando se advierte que hay muchísimos litigios que se desarrollan más allá de los tribunales de justicia. El arbitraje y los demás mecanismos (en principio) no judiciales de resolución de controversias hacen disminuir considerablemente el alcance real de los foros de competencia, incluyendo a aquellos más fuertemente influidos por el discurso de los intereses políticos y económicos supuestamente en juego, como los foros exclusivos y los foros exorbitantes¹⁴. En realidad, una parte nada desdeñable de litigios se resuelve fuera de los tribunales de justicia¹⁵. El arbitraje y la mediación son utilizados en todas las cuestiones comerciales (y en otras que presentan más dificultades para encajar en tal categoría), incluso en algunas que suelen ser objeto de foros de competencia exclusivos, como las sociedades o la propiedad intelectual¹⁶.

Del mismo modo, en el marco de la UNCITRAL, ciertos temas que han sido mencionados como objeto de eventuales trabajos futuros en materia de arbitraje hacen referencia a cuestiones habitualmente ligadas a la idea de exclusividad. Concretamente, en las discusiones mantenidas en el seno del Grupo de trabajo sobre arbitraje de dicha organización, se ha destacado el tema de la arbitrabilidad¹⁷ y de la posible inclusión en el arbitraje de temas tales como la insolvencia, la competencia o los inmuebles. El tratamiento en profundidad se ha pospuesto para dar prioridad a la revisión del Reglamento de arbitraje de la UNCITRAL de 1979, pero el citado planteamiento ha quedado firmemente marcado¹⁸.

8. Todo este desarrollo que se está operando respecto de la resolución “privada” de los litigios del DIPr exige replanteos profundos de lo que se ha estado asumiendo como inmutable durante mucho tiempo, independientemente de que las reflexiones que se hagan se encaminen a ensalzar las bondades de los nuevos desarrollos o a destacar deficiencias y los peligros que conllevan¹⁹. Lo que no es admisible es hacer de cuenta, de forma explícita o implícita, que el contexto actual en el que se desenvuelven los

¹⁴ L.G. RADICATI DI BROZOLO, “Arbitrage commercial international et lois de police. Considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international”, *Recueil des Cours*, t. 315 (2005), p. 265; D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Arbitraje comercial internacional”, in: A.-L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González (dirs.), *Curso de contratación internacional*, 2ª ed., Madrid, 2006, pp. 43-45.

¹⁵ Según CH.R. DRAHOZAL, “New Experiences of International Arbitration in the United States”, *AJCL*, vol. 54, 2006, pp. 246-249, en ese país el 90% de los contratos internacionales contienen una cláusula arbitral.

¹⁶ Ver la decisión de la *Cour de justice de la République et Canton de Genève*, sala civil, de 13 de mayo de 2005 (AJCJ/589/05, *ASA Bull.*, vol. 24, 2006/1, p. 128), donde la corte reconoce plenamente la pertinencia de las cláusulas de arbitraje incorporadas en los estatutos sociales, en la medida en que los socios lo hayan consentido expresa o tácitamente. Ver también las reflexiones hechas, en el seno de un sistema federal como el suizo por F. BOHNET, “Les conflits individuels de travail, et les litiges en matière de bail et de droit de la consommation seront-ils arbitrables sous l’empire de la loi fédérale de procédure civile?”, *Mélanges en l’honneur de François Knoepfler*, Bâle et al, Helbing & Lichtenhahn, 2005, pp. 161-176 (afirmando que el único problema que el arbitraje puede plantear es respecto de la cláusula compromisoria pero no respecto de la voluntad de las partes de someter su litigio al arbitraje una vez surgido el conflicto).

¹⁷ Ver el *Informe del Grupo de Trabajo*, 45ª sesión (Viena, 11-15 de septiembre de 2006), Doc. A/CN.9/614 (octubre 2006), par. 4.

¹⁸ Una visión actual del problema se encuentra en B. HANOTIAU, “L’arbitrabilité”, *Recueil des cours*, tome 296 (2002), pp. 29-253.

¹⁹ Un ejercicio de recomendable lectura en este sentido es H. MUIR WATT, “Économie de la justice et arbitrage international (réflexions sur la gouvernance privée dans la globalisation)”, *Rev. arb.*, 2008, pp. 389-417.

litigios en materia de DIPr es el mismo que aquel en el que, hace ya tiempo, se gestaron las normas y principios con que seguimos intentando solucionar los problemas que provocan muchos casos privados internacionales.

III. Las soluciones universales

1. *¿Hay espacio todavía para intentar una convención universal en materia de competencia judicial internacional y eficacia de resoluciones judiciales?*

9. El último intento de la Conferencia de La Haya, que trabajó durante 10 años para tratar de elaborar una convención general sobre la competencia y el reconocimiento sin llegar al resultado deseado, demuestra que las posibilidades de un desarrollo semejante son bastante escasas sino directamente inexistentes²⁰. Entre los dos primeros intentos que antes había llevado a cabo la Conferencia (en la década de 1920 y a caballo entre la de 1960 y la de 1970) pasaron cuarenta años, y entre el segundo y el tercero pasaron treinta años. Y aunque sea verdad que las proyecciones aritméticas no resultan pertinentes cuando se trata de codificación internacional del derecho, todo parece indicar que antes de volver a poner el tema sobre la mesa de la Conferencia de La Haya deberá dejarse correr el tiempo y ni siquiera así es seguro que vuelva a plantearse. En todo caso, además de la Convención de La Haya sobre acuerdos de elección de foro finalmente adoptada en 2005²¹, queda toda una serie de estudios y discusiones que pueden tener un enorme aprovechamiento en diferentes ámbitos²².

Debe decirse que una convención general, con un ámbito material de aplicación amplio o amplísimo, no es el único camino para lidiar con el tema de la competencia judicial internacional. Otros mecanismos pueden también coadyuvar para que las reglas

²⁰ Dicho eso, parece a todas luces evidente que la mejor manera de llegar efectivamente a compromisos en la materia continúa siendo la conclusión de tratados. Ver B. AUDIT / G.A. BERMANN, "The Application of Private International Norms to 'Third Countries': The Jurisdiction and Judgments Example", in: A. Nutys / N. Watté (dirs.), *International Civil Litigation in Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 81-82. Con todo, según algunos autores, el motivo del fracaso del Proyecto de convención mundial no se debió tanto a las incompatibilidades entre los distintos sistemas jurídicos o a razones de índole política como a problemas metodológicos. Ver, especialmente, R. MICHAELS, "Some Fundamental Jurisdictional Conceptions as Applied in Judgment Convention", in: E. Gottschalk / R. Michaels / G. Rühl / J. von Hein (dirs.), *Conflicts of Laws in a Globalized World*, New York, Cambridge University Press, 2007, p. 29-62, y A. NUYTS, "Due Process and Fair Trail: Jurisdiction in the United States and in Europe Compared", in: A. Nutys / N. Watté (dirs.) (esta nota), pp. 157-197.

²¹ Ver M.M. CELIS AGUILAR, "Convención sobre los acuerdos de elección de foro", *DeCITA*, vol. 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.

²² Apenas constatado que la convención universal no sería posible e incluso antes, varias voces se alzaron afirmando la necesidad de aprovechar los trabajos de La Haya en los niveles nacional y regional. Ver, para los Estados Unidos, L. SILBERMAN / A. LOWENFELD, "A Different Challenge for the ALI: Herein of Foreign Country Judgments, an International Treaty, and an American Statute", *Indiana L.J.*, 2000, p. 635; *id.*, "The Hague Judgments Convention-and Perhaps Beyond", in: *Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, Ardsley (NY), Transnational Publishers, 2002, p. 121 (en especial, sobre la "regla de reciprocidad", ver pp. 134-135); K.M. CLERMONT / H. HUANG, "Converting the Draft Hague Treaty into Domestic Jurisdictional Law", in: J.J. Barceló III / K.M. Clermont (dirs.) (nota 12), p. 191 (en pp. 229-234, la ley propuesta por los autores). En Europe, W.E. O'BRIAN JR, "The Hague Convention on Jurisdiction and Judgments: The Way Forward", *Modern L. Rev.*, 2003, 507-509, propuso seguir adelante con los trabajos sobre la base del Proyecto de 1999, incluso sin contar con los Estados Unidos.

en materia de competencia judicial internacional sean cuidadosas en el respeto y la promoción de los derechos fundamentales vinculados con el proceso. Como acabo de mencionar, los varios cientos de horas de discusión dentro de la Conferencia de La Haya no han sido en balde. Antes al contrario, hay ahí un material precioso para cualquier tipo de trabajo que se pretenda desarrollar con vistas a codificar dicha materia. Después del abandono (al menos por ahora) de la idea más ambiciosa, que era la de elaborar una convención “mundial” sobre la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales para un amplio espectro de materias de derecho privado patrimonial, la concentración de esfuerzos sobre un aspecto concreto (los acuerdos de prórroga de competencia) ha podido producir un resultado aceptable. No debería descartarse que los resultados de otras discusiones ya avanzadas en la Conferencia de La Haya puedan utilizarse para edificar consensos en torno a otras cuestiones, tanto dentro de la misma Conferencia como en otras organizaciones o en colaboración. Esta sería entonces una *primera idea*: en lugar de intentar una gran convención general, deberían intentarse acuerdos, mucho más accesibles, sobre materias concretas.

10. La experiencia muestra que convenciones especiales sobre temas bastante sensibles como la protección de menores (en 1996), la protección de adultos (en 2000) o la obtención de alimentos (2007) incluyen normas relativas a la competencia judicial y al reconocimiento y ejecución de decisiones, a las cuales se ha llegado sin que se produjeran divergencias insalvables. Del mismo modo, en relación con varios de los temas que están en el orden del día de la Conferencia se ha planteado la inclusión de normas de competencia judicial. Así sucede con la sociedad de la información (incluyendo el comercio electrónico), la responsabilidad civil por daños ambientales, las sucesiones y las parejas no casadas²³, temas todos sobre los que no existen aún proyectos concretos de reglamentación sino sólo un interés bastante difuso.

Por otro lado la Conferencia de La Haya ha realizado un trabajo extraordinario en el campo de la cooperación, entendida en un sentido muy amplio. Varias materias han sido o están siendo abordadas desde esta perspectiva, ya sea exclusivamente o en conjunto con las perspectivas más tradicionales del DIPr (derecho aplicable, competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones). Uno de los textos más exitosos de la Conferencia es, en este sentido, la Convención de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. En efecto, dicha Convención, en lugar de ocuparse de las materias tradicionales, organiza un mecanismo de cooperación entre los Estados partes destinado a restituir los menores que han sido “sacados” ilícitamente de su residencia habitual. La Convención ha sido adoptada por numerosos Estados²⁴ y permite que hoy muchas de las situaciones perjudiciales para el interés de los menores puedan resolverse mediante la comunicación y la cooperación entre las autoridades de los diferentes Estados vinculados con esas situaciones²⁵. La Conferencia realiza una

²³ Los progresos de los trabajos de la Conferencia son muy bien presentados en el sitio www.hcch.nl.

²⁴ Ochenta y un Estados partes dieciocho años después de su adopción.

²⁵ Obviamente, la aplicación de la Convención no está exenta de problemas en las diferentes latitudes en las que está en vigor. Pero esas dificultades tienen que ver sobre todo con la complejidad de la cuestión tratada y con las particularidades que implica la presencia de menores en las relaciones jurídicas. De hecho, Suiza ha presentado una propuesta de Protocolo a la Convención para solucionar los problemas de aplicación que se han detectado en la práctica.

especie de vigilancia efectiva del funcionamiento de la Convención y a tal fin ha institucionalizado un diálogo fluido entre jueces de todas las regiones del mundo²⁶. Y por aquí va la *segunda idea*: nada impide que la Conferencia de La Haya aproveche esta magnífica experiencia elaborando mecanismos de cooperación entre jueces de diferentes Estados a fin de resolver ciertos casos en los cuales la cuestión de la competencia de los jueces respectivos es difícil de reglamentar²⁷.

Parece claro que la facultad de cooperar está implícita en el deber y el poder de los jueces para tomar decisiones respecto de los casos conectados con otros Estados. Pero sin instrumentos *ad hoc*, los jueces pueden verse inclinados a pensar que consultar con sus colegas extranjeros podría significar, de algún modo, un atentado contra la soberanía (propia y/o ajena), cuando no un riesgo para su responsabilidad personal. No sería necesario crear instrumentos rígidos ni obligatorios. Bastaría con mencionar las diferentes situaciones en las cuales la cooperación puede ser necesaria y señalar cuáles son los medios posibles para ponerla en práctica. La idea no es original. Diversos autores, en diferentes países del mundo, así como instituciones de carácter internacional, han estado tanteando esta posibilidad²⁸. Hasta ahora, para resolver problemas como el *forum non conveniens*, la litispendencia, el foro de necesidad, etc., los jueces – en general – se limitan a oír a las partes del litigio e imaginan la actitud probable de los jueces de los otros Estados relacionados con el caso. Pero ¿por qué, aprovechando las enormes facilidades que brinda la comunicación en la actualidad, el juez del caso no consulta directamente con los jueces de los otros países? ¿Dónde está el obstáculo para desarrollar un sistema de comunicación internacional entre tribunales, al menos entre cortes supremas? Resulta obvio, sin embargo, que si se cree que la comunicación directa puede revelarse útil para una más satisfactoria resolución de los problemas concretos que plantean los litigios internacionales, no basta con afirmar que los tribunales pueden entablar este diálogo internacional. Un texto concreto de una o varias instituciones prestigiosas permitiría a los jueces (sobre todo a los pertenecientes a la tradición del derecho romano-germánico) contar con un punto de apoyo que habitualmente les es necesario o que al menos puede servirles como útil referencia²⁹.

²⁶ Son interesantes de destacar los desarrollos basados en la utilización de medios informáticos y en la experiencia práctica, como INCADAT, INCASTAT e *iChild* implementados por la Conferencia de La Haya (ver www.hcch.nl).

²⁷ No desconozco, sin embargo, que cuando la Conferencia ha sugerido esta vía las respuestas no fueron muy audaces que digamos. Así los expertos reunidos en La Haya en febrero de 2007 para discutir sobre la necesidad y las posibilidades de un instrumento global para la información acerca del derecho extranjero mostraron cierto escepticismo respecto al “modelo de comunicaciones directas entre autoridades judiciales”. Ver Doc. pré. N° 21A de mars 2007 - *Etude de faisabilité sur l'administration du droit étranger - Rapport sur la réunion du 23-24 février 2007*, p. 5, http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd21af2007.pdf

²⁸ Ver P. SCHLOSSER (nota 6), pp. 84-85 y 417-418 y la “valiente” propuesta de la *International Law Association (Third Report of the Committee on International Civil and Commercial Litigation*, Londres, 2000), alentando a los Estados para que permitan a sus tribunales la solicitud y la respuesta de tales comunicaciones. Ver también el Informe de C. KESSEDIAN (ILA, *Report of the 69th Conference*, London, 2000, p. 44).

²⁹ Los Principios preparados por el *American Law Institut* sobre la reglamentación de los problemas relativos a la propiedad intelectual (*Principles on Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational IP Disputes*, 2008, www.ali.org) contienen un capítulo (en la parte referida a la competencia judicial) que se ocupa de la coordinación de las acciones “*multiterritoriales*”.

11. Podría plantearse todavía una *tercera modesta propuesta* en relación con las actividades de la Conferencia de La Haya. En mi opinión, la lista de foros malditos elaborada en 1971³⁰ y retomada en el art. 18 del Anteproyecto de convención mundial de 1999/2001³¹ debería circular³² para mostrar que, incluso si no ha habido acuerdo sobre algunos puntos concretos, el consenso es total respecto a la casi totalidad de los foros exorbitantes desde hace casi 40 años. Si ese consenso se traslada a la práctica, un número muy considerable de situaciones enojosas en materia de competencia judicial internacional y de eficacia de decisiones judiciales extranjeras podría quedar zanjado.

2. El papel de las organizaciones sectoriales

12. Sin dejar por un momento de reconocer el papel estelar de la Conferencia de La Haya en todo lo que tiene que ver con nuestra disciplina, haríamos bien en echar una mirada a otras organizaciones internacionales. Durante las discusiones mantenidas en La Haya para intentar concluir la mencionada “convención mundial de exequátur”, varios delegados expresaron su opinión de que otras organizaciones especializadas podrían estar mejor situadas para ocuparse de ciertas materias particulares. Señaladamente, para las cuestiones relativas a la propiedad intelectual se ha indicado que la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual³³. Se trata de una sugerencia que no debería desdeñarse. Las organizaciones sectoriales conocen específicamente el tipo de litigios que se producen en torno a las materias sobre las cuales ellas trabajan. Además, cabe la posibilidad de que los representantes nacionales que concurren a dichas organizaciones no estén tan contaminados con los mitos del DIPr y que, en consecuencia, se muestren más abiertos a solucionar los problemas despojados de ciertos prejuicios. Por otro lado, en tales organizaciones sería dable pensar en mecanismos verdaderamente internacionales, con la intervención de tribunales internacionales. En eso consiste mi *cuarta idea*.

3. Armonización a través del soft law: ¿hacia un desarrollo de los Principios ALI/UNIDROIT sobre el proceso civil transnacional?

13. En la mayoría de las propuestas anteriores me he referido a la adopción de convenciones internacionales como vía para plasmar las soluciones a los problemas que plantea la competencia judicial internacional. Pero las convenciones y los mecanismos obligatorios o imperativos no constituyen los únicos medios para que los Estados puedan de una vez dejar atrás sus viejos fantasmas en esta materia. Tomando en cuenta las enormes dificultades que parece que ciertos Estados tienen que salvar para

³⁰ Protocolo adicional del 1º de febrero de 1971 a la Convención de La Haya sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y comercial, art. 4 (http://hcch.e-vision.nl/index_fr.php?act=conventions.text&cid=79).

³¹ Ver *Rapport Nygh/Pocar*, pp. 77-84.

³² La lista podría ser colocada de un modo bien visible en el sitio de Internet de la Conferencia, según el estilo habitual utilizado para la publicidad en línea (con flash y colores). Ver P. WAUTELET, “What has international private law achieved in meeting the challenges posed by globalisation?”, in: P.J. Slot / M. Bulterman (dirs.), *Globalisation and Jurisdiction*, Leiden, Kluwer Law International / Meijers Institute, 2004, p. 72.

³³ Tal ha sido por ejemplo la opinión de M. DOGAUCHI, “Jurisdiction Over Foreign Patent Infringement”, *Japanese Annual Int'l L.*, vol. 44, 2001, p. 45.

desembarazarse de foros de competencia arcaicos, podría intentarse la opción de utilizar mecanismos más “blandos” (menos imperativos), opción que sería, según algunos autores importantes, más apropiada para nuestra era³⁴. En el origen de esta tendencia puede encontrarse la influencia de una idea – no muy nueva que digamos – según la cual la técnica tradicional se revela muchas veces demasiado “dura”, desprovista de la flexibilidad necesaria para obtener la aceptación de un número satisfactorio de Estados³⁵.

En mi opinión, las razones para seguir una u otra vía deben sopesarse en función de la materia y de los objetivos de la reglamentación en cuestión. Es conocido que las convenciones se adoptan a veces sin la reflexión ni la discusión suficientes, bajo la presión de los plazos fatales fijados a menudo de forma más o menos arbitraria (o por motivos políticos o financieros), lo que provoca la abundancia de soluciones de compromiso que resultan igualmente insatisfactorias para todos. Los Estados se encuentran así con un texto “cerrado”, que deben aceptar o ignorar, eligiendo a menudo la segunda opción, incluso a pesar de reconocer la importancia y la oportunidad de la reglamentación analizada. Es verdad que ellos pueden utilizar el mecanismo de la reserva, cuya función específica es precisamente el de facilitar la ratificación o adhesión de los Estados a los tratados internacionales, permitiéndoles evitar las disposiciones de éstos que los Estados juzgan inaceptables o incompatibles con los principios fundamentales del orden jurídico nacional. Pero también es cierto que la utilización abusiva de las reservas conduce a la desnaturalización del texto convencional y conspira, finalmente, contra su éxito³⁶. Estas constataciones no deben hacer pensar que todo queda resuelto con la utilización de vías flexibles de codificación del derecho. En la elaboración de las reglas menos rígidas o “vinculantes” los redactores corren el riesgo de despreocuparse por agotar las discusiones antes de adoptarlas con el argumento de que se trata, justamente, de textos “no cerrados”³⁷.

14. En una iniciativa sumamente interesante y digna de elogio, el *American Law Institut* y el UNIDROIT han colaborado para desarrollar los Principios y reglas del proceso civil transnacional, los cuales han sido aprobados en 2004. Algunas personas

³⁴ Sobre el *soft law* como manifestación de la postmodernidad en el DIPr, tanto en su dimensión internacional como en la nacional, ver E. JAYME, “Internationales Privatrecht und postmoderne Kulture”, *Wiener Vorträge*, Viena, 2001, p. 214. Sobre la “pluralidad” del *soft law*, ver A. BOYLE, “Soft Law in International Law-Making”, in: M.D. Evans (dir.), *International Law*, 2ª ed., Oxford, 2006, pp. 141-156.

³⁵ Ver P. SARCEVIC, “Unification and ‘soft law’”, in: *Conflits et harmonisation. Mélanges en l’honneur d’Alfred E. von Overbeck*, Fribourg, Éditions universitaires, 1990, pp. 87-101; J.D. GONZALEZ CAMPOS, “Efforts concertés d’unification et coexistence des règles de droit international privé dans le système étatique”, in: *E pluribus unum: liber amicorum Georges A. L. Droz*, The Hague et al, Nijhoff, 1996, pp. 107-111.

³⁶ Fue el caso, bien conocido, del Código Bustamante. Ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, *La codificación del derecho internacional privado en América Latina*, Madrid, Beramar, 1994, pp. 149-155.

³⁷ En el seno de la Comisión II de la CIDIP VI, encargada de la redacción de la Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias de 2002, varios aspectos quedaron sin discusión porque los delegados tenían que terminar el trabajo en un tiempo muy acotado. La justificación más repetida durante la conferencia diplomática fue que, tratándose de una ley modelo, nada en el texto era obligatorio para los Estados y que éstos podrían tomar sólo lo que les conviniera descartando el resto. Es obvio que, teniendo en cuenta el poder narrativo de las leyes modelos, un argumento como ese resulta claramente falaz. Ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO / J. KLEINHEISTERKAMP, “The Sixth Inter-American Conference of Private International Law. A New Step in the Inter-American Legal Integration”, *YBPIL*, vol. IV, 2002, pp. 237-255.

autorizadas han criticado duramente estos Principios en general y los relativos a la competencia judicial en particular. Se ha llegado a decir que como la competencia ya está reglamentada por normas nacionales e internacionales (o supranacionales) los Principios ALI/UNIDROIT no deben incluir normas de competencia³⁸. Como argumento parece un poco débil. Con tal entendimiento el derecho no hubiera progresado mucho ya que aparentemente lo ya reglamentado no aceptaría nuevas aproximaciones. Llevado al extremo, la discriminación racial, la sumisión de la mujer casada a su marido o la imposibilidad de disolución del vínculo matrimonial deberían seguir provocando la infelicidad de numerosos seres humanos *ad eternum*. En el fondo, lo que se advierte detrás de dicho argumento es una confusión interesada. Todos saben que a través de reglas de *soft law*, es decir, de reglas no vinculantes, no se puede reemplazar nada. Se trata solamente de intentar una aproximación entre los distintos sistemas jurídicos, lo que puede ser útil desde varios puntos de vista, entre otros, en relación con el conocimiento y la comprensión de las diferencias y sus posibles soluciones por los operadores jurídicos³⁹. Admitiendo que son diferentes, los Principios del UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales también provocaron la crítica y el escepticismo⁴⁰ antes de que su rotundo éxito los ubicara más allá de las dudas iniciales.

Lo que importa, en todo caso y a pesar de las críticas, es que los Principios ALI/UNIDROIT existen y que en ciertos países como Lituania (2002)⁴¹ o Argentina (Código procesal civil de la provincia de Mendoza)⁴², ya han sido al menos tomados en consideración en los trabajos de reforma del proceso civil⁴³. No es exagerado afirmar que poco a poco va a resultar difícilmente imaginable que un legislador que pretenda renovar sus normas de procedimiento o que los delegados participantes en un esfuerzo internacional (regional, por ejemplo) de codificación en materia procesal no preste atención a los resultados del trabajo comparativo más importante que ha sido realizado hasta la fecha⁴⁴. Aunque sea para rechazar sus soluciones.

La *quinta idea*, por lo tanto, sería la aprovechar las posibilidades que ofrecen los mecanismos blandos de codificación internacional. En particular, los principios 2 y 3 de los Principios ALI/UNIDROIT, relativos a la competencia judicial, deberían ser objeto

³⁸ H. GAUDEMET-TALLON, “Les aspects de droit international privé du Projet ALI/Unidroit”, in: F. Ferrand (dir.), *La procédure civile mondiale modélisée*, Paris, EJT, 2004, p. 76.

³⁹ Claro que uno no ignora que los objetivos de fondo, a largo plazo, son mucho más ambiciosos. Ver H. KRONKE, “Efficacité, impartialité, fonctions macro-économiques : les objectifs de l’harmonisation de la procédure civile transnationale”, *Rev. dr. unif.*, 2001, pp. 741 ss.

⁴⁰ C. KESSEDIAN, « Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international: Les Principes proposés par l’Unidroit », *RCDIP*, 1995, pp. 641-670.

⁴¹ Ver V. MIKELENAS, “The Proposed ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure and the New Code of Civil Procedure in Lithuania”, *Rev. dr. unif.*, 2001, pp. 981-993; S. MCAULEY, “Achieving the Harmonization of Transnational Civil Procedure: Will the ALI/UNIDROIT Project Succeed?”, *ARIA*, vol. 15, 2004, p. 248.

⁴² Ver A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Lineamientos generales de los principios y reglas comunes para los procesos transnacionales (ALI-UNIDROIT)”, *DeCITA*, vol. 4, 2005, p. 60.

⁴³ En el caso de Lituania la influencia ha sido solamente parcial (sobre todo por una cuestión de fechas, ya que los trabajos de reforma ya estaban muy avanzados cuando comenzaron los de ALI/UNIDROIT – V. MIKELENAS, *loc. cit.*, pp. 982-983 –) y en el caso mendocino el intento no tuvo éxito (A. KEMELMAJER (nota precedente, p. 60)). Pero lo que es digno de interés aquí es la potencialidad de los Principios y reglas de ALI/UNIDROIT para servir como modelo.

⁴⁴ H.P. GLENN, “The ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure as Global Standards for Adjudication?”, *DeCITA*, vol. 4, 2005, pp. 38-44.

de una profusa difusión internacional, más a fines de discusión que de adopción. El solo dato de su ostensible preocupación por el respeto a los derechos fundamentales en el proceso justifica sobradamente su difusión⁴⁵. Es perfectamente plausible que un desarrollo ulterior de los Principios de proceso civil transnacional pueda ocuparse más en detalle de la competencia judicial y de los principios en materia de cooperación (que no han sido muy desarrollados), en una especie de Principios II elaborados a partir de las reglas no adoptadas en 2004.

4. *¿Armonización mediante la multiplicación de tratados bilaterales?*

15. Ciertos escépticos de la codificación internacional, sea ella rígida o flexible, estiman que la única forma efectiva para desarrollar el derecho internacional en general y la cooperación judicial en particular pasa por los tratados bilaterales. Según esta idea los textos multilaterales no son satisfactorios para ninguno de los Estados participantes debido a los compromisos a los cuales es necesario llegar para lograr su adopción, mientras que su aplicación es imperfecta ya que el control de la misma resulta muy complicado⁴⁶. En realidad, como es evidente, se trata de ideas muy viejas. Ya durante las discusiones de los primeros tratados multilaterales de DIPr en América Latina, en el último tramo del siglo XIX, se discutía acerca de las limitaciones de los tratados multilaterales, defectos que al menos en cierta medida son también predicables de otros medios de reglamentación internacional.

A pesar de que el éxito palpable de numerosos textos multilaterales en vigor aconsejaría no perder demasiado tiempo con esta cuestión, algunos comentarios breves no estarían de más. En primer lugar, la utilidad de la vía bilateral para ciertas materias y relaciones internacionales no debe necesariamente significar la inutilidad de la vía multilateral. En segundo lugar, la idea tenía cierta coherencia cuando las únicas entidades de derecho internacional con funciones o competencias codificadoras eran los Estados. Pero está claro que esa no es la situación actual. Tercero, salvo excepciones, las relaciones internacionales desarrolladas por las personas, tanto físicas como jurídicas, no suelen limitarse a dos países. Por lo tanto, la codificación bilateral sería, en la mayoría de los casos, marcadamente insuficiente. Cuarto, desde que las convenciones bilaterales difieren casi siempre las unas de las otras, en lugar de servir de modelo para la aproximación de las legislaciones, tienden a consolidar las divergencias. Y, como si todo lo además fuera poco, la multiplicación de tratados bilaterales engendra, en un mismo ordenamiento jurídico, una multitud de soluciones para el mismo problema, lo que desconcierta a los operadores jurídicos y provoca soluciones costosas y/o poco eficientes. En conclusión – y esta sería la *sexta idea* – los tratados bilaterales pueden ser un buen mecanismo complementario para reglamentar la competencia judicial internacional (sobre todo para poder tener en cuenta aspectos verdaderamente particulares brindados por las relaciones que se producen entre dos países determinados) pero jamás la única vía para ello. La vía multilateral se muestra todavía, no obstante

⁴⁵ Desde ese punto de vista, el contenido de los principios 2 y 3 es muy superior a las reglas en vigor en más de un país desarrollado.

⁴⁶ Cf. J.L. GOLDSMITH / E.A. POSNER, *The Limits of International Law*, Oxford, OUP, 2005, pp. 87-88.

todos sus defectos, útil a los fines de un mejor funcionamiento de las relaciones privadas internacionales y de una más eficaz protección de los derechos fundamentales.

5. La carta transnacional

A) El desarrollo de la reglamentación extrajudicial de los litigios internacionales

16. Lo primero que hay que retener en este punto es que el desarrollo de la resolución extrajudicial de los litigios internacionales hace perder una gran parte de la importancia dada hasta ahora a los problemas de competencia. En efecto, numerosos litigios son resueltos sobre el fundamento del acuerdo entre las partes, las cuales buscan en el arbitraje o en la mediación las soluciones que los sistemas jurisdiccionales no son capaces de ofrecerles. Es verdad que dichos métodos alternativos no son aplicables a todos los litigios posibles y que ellos a su vez presentan sus propios problemas. Pero, sobre la base de un acuerdo de voluntad de las partes, los Estados deberían ser muy restrictivos en lo que concierne al ejercicio del poder público (*séptima idea*), poder que debería ejercerse únicamente en los casos estrictamente necesarios. En particular, con la mediación, y más específicamente con la mediación online, se pueden evitar las dificultades y las injusticias que a veces se derivan de la determinación del juez competente para los casos internacionales⁴⁷. No es ningún secreto que la manera óptima de impedir la aparición de estos problemas consiste en prevenir la producción de conflictos. Pero, dado que los conflictos, como los accidentes, van a producirse de todos modos, las partes en una relación jurídica privada deberían en todo caso indagar si es posible extraer sus eventuales litigios de la esfera judicial tradicional. Lo que digo puede parecer ingenuo, pero se trata de una tendencia que se hace cada vez más notoria y potente.

La mediación, por otro lado, dada su propia naturaleza, no tiene limitaciones materiales. El arbitraje, en cambio, a pesar de ciertos desarrollos actuales, debe siempre cuidarse de la arbitrabilidad de la materia en cuestión. Y es evidente que el carácter arbitrable o no de una materia está en relación directa con los elementos “públicos” subyacentes a los foros de competencia exclusiva. Una materia para la cual está previsto un foro exclusivo será (¿sistemáticamente?) excluida del dominio del arbitraje. Sin embargo, como ya he tenido la oportunidad de subrayar⁴⁸, las materias en las cuales el arbitraje se muestra cada vez más implicado (o, al menos, interesado) son muchas de las que tienen una trascendencia pública más acusada: competencia, inversiones, sociedades, propiedad intelectual. La jurisprudencia de ciertos Estados refleja cada vez más la actualidad de estas cuestiones⁴⁹.

⁴⁷ A favor de la mediación se invoca a menudo su función “reparadora” de la relación. Ver T. WÄLDE, “Efficient Management of Transnational Disputes: Mutual Gain by Mediation of Joint Loss in Litigation”, *Arb. Int.*, vol. 22, 2006, pp. 205-206.

⁴⁸ Ver notas 17 y 18 y texto al que acompañan.

⁴⁹ Ver la decisión del Tribunal Federal suizo de 8 de marzo de 2006 en el caso *X. S.p.A. c. Y. S.r.l.*, ATF, 132 III 389 (“sería presuntuoso considerar que las concepciones occidentales, europeas o suizas en materia de derecho de la competencia deberían obviamente imponerse a todos los Estados del planeta, como una panacea...”, considerando 3.1; “las disposiciones del derecho de la competencia, cualesquiera que ellas sean, no forman parte de los valores esenciales y ampliamente reconocidos que, según las concepciones predominantes en Suiza, deberían constituir el fundamento de todo ordenamiento jurídico”, considerando 3.2).

17. Algunas materias particulares o algunos tipos de litigios pueden ofrecer un ámbito propicio para favorecer la resolución de los litigios sin la intervención judicial. Un ejemplo típico de las tentativas de realizar un “blindaje” de las relaciones jurídicas respecto de las influencias que pueden tener sobre ellas los problemas de determinación de la competencia judicial, estriba en el establecimiento de procedimientos específicos para el cobro de deudas con la participación de la administración pública y/o de particulares, como opciones al procedimiento ante los tribunales de justicia. La propuesta de los Estados Unidos en el marco de la preparación de la CIDIP VII⁵⁰, para adoptar mecanismos de este tipo en materia de protección de consumidores muestra, más allá de ciertas imperfecciones en la propuesta y de ciertas dificultades que puede representar la implementación de la misma para muchos países latinoamericanos, que la solución de las controversias privadas puede también concebirse fuera del proceso judicial. La propuesta, bastante mejorada respecto de su versión inicial pero aún muy general⁵¹, pretende implantar la idea de que los conflictos entre consumidores y proveedores pueden solucionarse directamente entre las partes con la utilización de medios alternativos para la solución de litigios (incluyendo la solución por medios electrónicos) o a través de organismos públicos, los cuales, en su caso, estarían encargados de actuar ante los tribunales de justicia. Para el procedimiento judicial, que seguiría siendo una opción, la proposición norteamericana sugiere mecanismos que tendrían que ser flexibles y rápidos. He aquí, entonces, otra opción para evitar en algunos casos las dificultades de la competencia judicial (*octava idea*): el establecimiento de mecanismos de resolución directa de litigios y la puesta en marcha de sistemas de cooperación entre los Estados mediante la intervención de autoridades públicas en los cuales cada una de las partes en litigio actuaría en su propio país delante – o con la ayuda – de su autoridad respectiva.

B) Las posibilidades de la resolución electrónica de los litigios internacionales

18. Uno de los mayores problemas de la competencia judicial internacional tal como ella es concebida actualmente es la facultad (cuando no la obligación) que los sistemas actualmente en vigor suelen otorgar a una parte (especial pero no únicamente a través de los foros exclusivos y exorbitantes) para demandar a la otra en un Estado alejado al del demandado, en un sentido tanto físico como cognitivo. Esto provoca en no pocos casos un verdadero desequilibrio entre los derechos procesales de las partes. Además de las

⁵⁰ Ver www.oas.org . Ver también M.J. DENNIS, “Diseño de una agenda práctica para la protección de los consumidores en las Américas”, in: D.P. Fernández Arroyo / J.A. Moreno Rodríguez (dirs.), *Protección de los consumidores en América. Trabajos de la CIDIP VII*, Asunción, La Ley / CEDEP, 2007, pp. 219 ss.

⁵¹ En un principio, la propuesta norteamericana se presentó como una “ley modelo”. A raíz de que en la Reunión de Expertos de Porto Alegre (diciembre de 2006) varios delegados insistieron en que en la estructura y contenido de la propuesta de lo máximo que permitía hablar era de una “guía legislativa”, los Estados Unidos modificaron su propuesta convirtiéndola en una guía legislativa con tres leyes modelos como anexos, que se ocupan, respectivamente, de: procedimiento para causas de escasa cuantía, arbitraje electrónico e intervención de autoridades públicas en el cobro de las deudas con consumidores. Ver: J.M. VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección del consumidor online en el derecho internacional privado interamericano. Análisis sistemático de las propuestas presentadas para la CIDIP VII*, Donostia-San Sebastián, UPV, 2008.

soluciones habituales para estas situaciones, otra vía interesante para circunvalar las consecuencias nefastas que pueden producirse son los *cibertribunales*.

Los *cibertribunales* no son una pura invención de algún espíritu imaginativo. La práctica ya existe⁵². Lógicamente, ésta es más factible en relación con métodos alternativos como la mediación, la negociación o, incluso, el arbitraje⁵³, cuyos procedimientos, al ser mucho más flexibles y moldeables que el que se desarrolla ante los tribunales de justicia, se muestran más proclives a la utilización de medios electrónicos de comunicación⁵⁴. Sin embargo, cada vez son más los países que se valen ya de Internet en el desarrollo de sus procesos judiciales. Tal aspecto es todavía ignorado (o no suficientemente valorado) en los cursos de derecho procesal civil o de DIPr, a pesar de la evidencia de que la resolución de muchos problemas vinculados a la internacionalidad de los litigios y a las complicaciones que ella provoca podría pasar por un mejor y mayor aprovechamiento de las posibilidades que ofrecen actualmente los medios de comunicación. No por casualidad una característica esencial de éstos es su capacidad para traspasar las fronteras geográficas.

19. Dichos medios pueden ser utilizados en diferentes etapas del proceso. Por ejemplo, el Tribunal de comercio de Hamburgo (Alemania) permite ya desde 2002 la presentación de demandas online; además, el litigio sólo es asumido por los jueces si el demandado contesta la demanda⁵⁵. En Suiza, la Oficina federal de la justicia presentó en 2006 un proyecto de procedimiento para el cobro de deudas pro vía electrónica⁵⁶, cuyos desarrollos más recientes pasa por el establecimiento de un portal a través del cual rellenar directamente los formularios para el cobro⁵⁷. Del mismo modo, las audiencias a través de videoconferencias son ya practicables o en estudio en varios países y organizaciones internacionales. En un futuro no muy lejano, puede preverse que los jueces no tendrán siquiera necesidad de reunirse físicamente para tomar una decisión colegiada y que las decisiones podrán notificarse por vía electrónica. La *novena idea* se refiere entonces a los Estados y a los sistemas de integración. La misma consiste en llamar la atención acerca de las posibilidades de establecer procedimientos en los cuales la actividad de las partes (o sólo algunos aspectos de tal actividad) pueda realizarse mediante una computadora personal conectada a la red.

La única barrera “física” infranqueable (en la concepción actual del derecho internacional) es todavía la de la ejecución: sólo una autoridad pública puede exigir y sólo la autoridad pública *local* puede hacer ejecutar una decisión. Pero la solicitud del exequátur de una decisión extranjera ante las autoridades del Estado del lugar de

⁵² Ver R.J. HOWE, “The Impact of the Internet on the Practice of Law: Death Spiral or Never-Ending Work?”, *Va. J.L. Tech.*, vol. 8, 2003, pp. 29-33.

⁵³ Un ejemplo es el del *cibertribunal peruano* (www.cibertribunalperuano.org), una asociación creada en 1999 y que ofrece los servicios de conciliación y de arbitraje online para litigios derivados de Internet.

⁵⁴ G. KAUFMANN-KOHLER, “Online Dispute Resolution and its Significance for International Commercial Arbitration”, in: *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, Paris, ICC, 2005, pp. 454-456.

⁵⁵ G. KAUFMANN-KOHLER / T. SCHULTZ, *Online Dispute Resolution : Challenges for Contemporary Justice*, The Hague, Kluwer Law International, 2004, p. 41.

⁵⁶ A. CHERBUIN, “Projet e-LP : procédure de poursuites par voie électronique”, *Jusletter* du 11 décembre 2006.

⁵⁷ Pueden consultarse: <http://www.admin.ch/aktuell/00089/index.html?lang=fr&msg-id=24684>, y: http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/themen/staat_und_buerger/rechtsinformatik/projekt_eschkg.html.

situación de los bienes de la persona condenada a ejecutar determinada obligación, es mucho menos dura de soportar que la demanda relativa al fondo del asunto, el cual puede ser resuelto sin que demandante y demandado tengan forzosamente que encontrarse físicamente. Además, la reglamentación de la resolución electrónica de los litigios puede hacerse a escala internacional. En este caso, los Estados se comprometerían recíprocamente a la ejecución de las decisiones⁵⁸.

IV. Las opciones regionales

1. Pro y contra de la reglamentación regional de la competencia judicial internacional

20. La discusión que opone universalismo contra regionalismo es también antigua y, como suele suceder con las discusiones antiguas, los argumentos en torno a ellas son repetidos en cada oportunidad que se presenta. No me gustaría ahora volver una vez más a las justificaciones respectivas. Son muy conocidas y pueden encontrarse en todos los trabajos clásicos de derecho internacional, público y privado⁵⁹. En cambio, puede ser útil recordar algunas ideas esenciales que deberían tenerse muy en cuenta. Se debe sobre todo tener en mente que si la comunidad internacional (suponiendo que tal cosa exista) no brinda todos los instrumentos para resolver los problemas de DIPr, los ordenamientos jurídicos nacionales continuarán existiendo y siendo aplicables. Los Estados tienen todavía una larga vida ante ellos y su función jurisdiccional seguirá teniendo una gran relevancia.

En tal contexto, es obvio que entre lo estatal y lo universal las organizaciones regionales tienen un ancho espacio para ocupar, señaladamente en el ámbito de la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras. Para algunos países, sobre todo en África y en América Latina, la posibilidad real de participar en los trabajos de codificación universal se muestra más bien utópica. Una cosa es tener la condición de miembro de determinado organismo – cosa que no es tan común para esos países⁶⁰ – y otra es que, en la hipótesis bastante poco realista que dichos Estados se las ingenien para enviar representantes a las decenas de reuniones que cada organización universal organiza cada año, tales representantes puedan tener algo que decir sobre la agenda, los trabajos y las normas concretas que allí se adoptan.

21. Sentado eso, no tengo ninguna duda de que el esfuerzo regional no puede ignorar que la región está inserta en el mundo y que las personas tienen, desde el origen de los tiempos, la habitud de establecer relaciones con otras personas que no pertenecen ni a su

⁵⁸ M.S. MARTIN, “Keep it Online: the Hague Convention and the Need for Online Alternative Dispute Resolution in International Business-to-Consumer E-Commerce”, *Boston U. Int. L.J.*, vol. 20, 2002, p. 125.

⁵⁹ Ver la evolución de esta dicotomía en J. BASEDOW, “Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration – General Report”, *Rev. dr. unif.*, 2003, pp. 31-36.

⁶⁰ En relación con África la situación impresiona: sólo tres Estados africanos son miembros de la Conferencia de La Haya. Ver R.F. OPPONG, “Private International Law and the African Economic Community: A Plea for Greater Attention”, *ICLQ*, 2006, pp. 927-928 (clamando por un cambio en esta situación).

mismo Estado ni a su misma región. Impedir que la codificación regional tenga por resultado directo o indirecto la creación de dificultades mayores para las relaciones que no se limitan exclusivamente a la región, debería estar escrito como consigna principal en todas las salas en las que se discute la codificación regional (en Bruselas, en Montevideo y en todos los lugares del mundo).

La propuesta, una vez más modesta, que puede sugerirse sobre este punto (*décima idea*) es que los grupos regionales de Estados deben hacer todo que esté a su alcance para facilitar la solución de todos los litigios transfronterizos que se sustancian ante sus tribunales y no solamente de aquellos que están exclusivamente vinculados con los Estados miembros del grupo. Procediendo de esta manera, el tratamiento diferenciado, típico de las relaciones comerciales, debería descartarse, al menos en lo que se refiere a los derechos de acceso a la justicia y de defensa. Las opciones que se abren para las organizaciones regionales son variadas. La elegida por la Unión Europea, muy detallada y rígida – al estilo de las normas federales que se imponen obligatoriamente a las provincias o estados de la federación –, no es más que una opción entre otras. Los sistemas regionales pueden también decidir de llevar a adelante un juego de principios y/o de reglas básicas procurando el mismo fin. El contenido de tal combinación podría ser, al menos en principio, muy simple, limitándose a confeccionar una lista de foros prohibidos (estableciendo que los mismos no sirven para fundar la competencia judicial – competencia directa – y que impiden el reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales extranjeras – competencia directa –), otra, muy corta, de foros exclusivos (si es que se considera que son necesarios y, en todo caso, reconociendo los foros equivalentes presentes en los ordenamientos de los demás Estados), a conceder efectos a la voluntad de los particulares y a consagrar el *forum necessitatis*, el *forum non conveniens* y la litispendencia internacional en cuanto criterios para reforzar los derechos procesales fundamentales y no para comprometerlos⁶¹.

2. África

22. De todos los procesos de integración actualmente en marcha en África, puede pensarse que un esfuerzo de armonización que se refiera de algún modo a la competencia judicial internacional y al reconocimiento de decisiones es posible sobre todo en el seno de la OHADA, organización en la cual casi todos los 17 Estados que la conforman son ex colonias francesas⁶². Una parte importante de las normas que componen los ordenamientos jurídicos de esos Estados está todavía basada en los textos anteriores a la independencia y puede creerse que, al menos parcialmente, “la inseguridad jurídica se explica principalmente por la vetustez de los textos jurídicos en vigor”⁶³. Frente a esta situación, la OHADA ha logrado adoptar varios textos internacionales, entre los que cabe mencionar los referidos al arbitraje comercial internacional, a las garantías mobiliarias, a las sociedades comerciales, a los transportes y, muy singularmente, a los procedimientos simplificados y los medios de ejecución,

⁶¹ Para que esto último se cumpla, esas tres figuras tendrían que articularse de modo de impedir los abusos que se producen en los diferentes sistemas en los cuales ellas están admitidas.

⁶² Los Estados miembros de la OHADA son: Benín, Burkina Faso, Camerún, Comores, Congo, Costa de Marfil, Chad, Gabón, Guinea, Guinea-Bissau, Guinea Ecuatorial, Malí, Níger, República Centroafricana, República Democrática del Congo, Senegal y Togo.

⁶³ Tomado textualmente del sitio www.ohada.net.

que organiza los procedimientos que permiten a un acreedor obtener de su deudor el cumplimiento de lo que le es debido (suma de dinero o bien mueble). Se trata de una forma particular de tratar estos problemas, sin quedar bloqueados por las cuestiones “conflictuales”, dentro de las cuales las relativas a la determinación de la competencia judicial figuran entre las más complicadas. Debe aceptarse, empero, que un número significativo de los problemas típicos de las transacciones internacionales es susceptible de ser resuelto sobre la base de la existencia de un sistema simple de acceso a la justicia acompañado de normas adecuadas para la circulación internacional de las decisiones judiciales⁶⁴. La OHADA cuenta con dos condiciones favorables para la implementación de un buen sistema de competencia y reconocimiento: un tribunal común⁶⁵ que podría solucionar las dificultades de interpretación suscitadas por el funcionamiento de tal sistema, y el hecho de estar concebida deliberadamente como una organización de carácter jurídico, en la cual las urgencias económicas y políticas son de algún modo mediatizadas⁶⁶.

23. Hasta ahora es habitual pensar en África como si se tratara de un continente sin esperanza. No obstante, se va haciendo cada vez más evidente que tal impresión no puede prolongarse por más tiempo. Las riquezas de África deben comenzar a servir para el progreso africano y esa debe ser una prioridad para toda la comunidad internacional, que se juega mucho en esta apuesta. Todos los esfuerzos de integración actualmente en marcha sobre el continente son motivados por esta idea de cambiar la historia. Sabemos que, en dicho contexto, la reglamentación de la competencia judicial internacional y del DIPr en general no constituye una prioridad para África⁶⁷, pero tal vez eso sería tanto como admitir que no hay necesidad de normas de ningún tipo. La realidad es más bien la contraria: el derecho tiene un papel importante que jugar en el necesario desarrollo de los pueblos de África y las reglas permitiendo la circulación fluida de decisiones judiciales pueden, de una forma modesta pero decisiva, ayudar a tal fin⁶⁸.

3. América

⁶⁴ Entre los obstáculos jurídicos habitualmente mencionados para hacer negocios en estos países, aparecen siempre el carácter imprevisible de los tribunales y las dificultades para la ejecución de decisiones judiciales extranjeras.

⁶⁵ Ver J. ISSA-SAYEGH, “La fonction juridictionnelle de la CCJA de l’OHADA”, *Mélanges Roger Decottignies*, Grenoble, PUG, 2002.

⁶⁶ De todos modos, sus miembros participan de los diferentes procesos africanos de integración económica. Así, Benín, Burkina Faso, Costa de Marfil, Guinea, Guinea-Bissau, Malí, Níger, Senegal y Togo forman parte de la Comunidad Económica de los Estados del Oeste de África (ECOWAS), “uno de los proyectos de integración económica más ambiciosos en ese vasto continente”, según T.A. O’KEEFE, “La Comunidad Económica de Estados del Oeste de África (ECOWAS): algunas reflexiones para el MERCOSUR”, *DeCITA*, vol. 3, 2005, pp. 608-609.

⁶⁷ Crítico con esa idea, R.F. OPPONG (nota 60), pp. 911 ss. (“es realmente irónico que ninguna de las más de catorce comunidades regionales económicas de África tenga el DIPr en su agenda”, p. 914).

⁶⁸ Claro que por muchas normas que haya, lo capital será cómo las mismas sean aplicadas por los jueces. Ver R.F. OPPONG, “Private International Law in Africa: The Past, Present and Future”, *AJCL*, 2007, p. 714.

24. En la OEA el tema de la competencia judicial globalmente considerado ocupa actualmente un lugar en la agenda, aunque sin hacer parte de las materias urgentes⁶⁹. Más de veinte años después del intento realizado con ocasión de la CIDIP III (La Paz, 1984), cuando se adoptó la Convención en materia de competencia indirecta, parece que las circunstancias se presentan hoy de una manera diferente como para ensayar la elaboración de una reglamentación de la competencia judicial sobre bases sólidas y estables. No se trataría de un capricho sino de un elemento fundamental para la resolución de los litigios internacionales, cuyo número experimenta un crecimiento exponencial dada la imparable internacionalización de las relaciones humanas. Una parte considerable de los mecanismos y sobre todo de los criterios utilizados en los derechos procesales americanos están evidentemente fuera de época. Es muy llamativo que la ciencia, las comunicaciones, los transportes hayan avanzado tanto mientras el proceso civil internacional funciona, en una gran medida, como en el siglo XIX.

En ese panorama, estoy persuadido de que lo que no ha sido posible a escala mundial puede ser realizable en América. Si la OEA o algunos de sus miembros no se sienten todavía preparados para una tarea tan importante, serán entonces los Estados latinoamericanos – o algunos de ellos – los que van a retomar su espíritu pionero en el DIPr y a realizar una reglamentación, acaso elemental, de la competencia judicial. Los países de la región ya han tratado la lógica de la reglamentación de la competencia judicial internacional de un modo específico⁷⁰. La manera en la que se están produciendo las relaciones privadas internacionales hoy en día exige que el esfuerzo sea hecho también a nivel regional, sobre todo para evitar la balcanización que puede producirse con las codificaciones nacionales en estudio. A falta de una instancia verdaderamente latinoamericana, podría comenzarse por los bloques subregionales. O, mejor, tomar esta actividad como un trabajo común de dichos bloques.

4. Asia

25. La ASEAN se ha convertido en una pujante realidad. Sus diez Estados miembros⁷¹ han comprendido, entre otras cosas, que la buena salud de la integración comercial depende de la calidad de los instrumentos de cooperación judicial. Así, han avanzado por el camino de la cooperación de autoridades en materias tales como las notificaciones o la legalización de documentos públicos. La facilitación de la circulación de las decisiones judiciales será, sin dudas, abordada en un futuro próximo. Dentro de ese marco, la proposición hecha por Colin Ong para adaptar un instrumento del tipo del sistema de Bruselas a las condiciones particulares de esta región merecería una cuidadosa atención⁷². Si bien la proposición en cuestión destaca entre otras cosas la

⁶⁹ Debe recordarse, sin embargo, que entre los sujetos actualmente en discusión hay dos proyectos que, utilizando diferentes metodologías, se ocupan de los aspectos procesales de la cuestión, el norteamericano (ver *supra*, nota 51) y el canadiense (Proyecto de Ley Modelo sobre competencia judicial y ley aplicable).

⁷⁰ Así se ve en la Ley venezolana de DIPr de 1998 y en los proyectos argentino (2003) y uruguayo (2004/2008), así como en el esfuerzo no gubernamental mexicano (2006).

⁷¹ Brunei, Camboya, Filipinas, Indonesia, Laos, Malasia, Myanmar, Singapur, Tailandia, Vietnam.

⁷² C.Y.C. ONG, *Cross-Border Litigation within ASEAN. The Prospects for Harmonisation of Civil and Commercial Litigation*, The Hague *et al*, Kluwer, 1997 (ver el texto de la convención propuesta en pp. 709 ss.).

necesidad de eliminar de forma general los foros exorbitantes⁷³, así como la eliminación de ciertos foros exclusivos, cabría preguntarse si vale la pena (la gran pena) de hacer el esfuerzo de adoptar en Asia un sistema tan específico. Parece que un buen mecanismo para los países de la ASEAN podría perfectamente limitarse, al menos de momento, al férreo compromiso del reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales, respetando la competencia razonable del juez de origen y los derechos de las partes en el proceso. Con eso, más los mecanismos de cooperación ya desarrollados y los que la Reunión de altas autoridades jurídicas de la ASEAN⁷⁴ va seguramente a desarrollar en el futuro, es muy posible que se obtengan buenos resultados sin pagar por ellos un costo demasiado elevado⁷⁵.

5. Europa y la Unión Europea

26. Los foros exorbitantes ya han sido eliminados del ámbito material del Reglamento comunitario 44/2001, que regula la competencia y el reconocimiento en materia de derecho privado patrimonial. Pero sería necesario ir más allá, en razón de la incompatibilidad de tales foros con los derechos fundamentales: sería muy importante que una decisión basada sobre una competencia exorbitante no sea reconocida ni ejecutada en ningún otro Estado del sistema (la que sería la *primera idea* dentro del contexto europeo). Para que esto sea posible, lo primero que habría que hacer es interpretar en todos los casos que la exigencia del respeto al orden público de la decisión extranjera (art. 34.1 del Reglamento 44/2001) incluye el orden público procesal. Y lo segundo sería determinar que la prohibición de utilizar el mecanismo del orden público para revisar la competencia del juez de origen (establecida en el art. 35.3 del mismo Reglamento) no cubre en ningún caso los litigios en los cuales el juez de origen se ha declarado competente sobre la base de un foro exorbitante incluido en el Anexo I del Reglamento.

La consolidación del sistema de doble estándar⁷⁶ en el Reglamento 44/2001 (según el cual los foros exorbitantes presentes en las legislaciones nacionales sólo están prohibidos cuando el demandado está domiciliado en un Estado miembro y, en cierta medida, son alentados cuando el demandado no tiene su domicilio allí) es una realidad de la que Europa no puede sentirse muy orgullosa. La perpetuación de las soluciones del siglo XIX en el siglo XXI es un “error muy grave”⁷⁷. Un día, Europa (y, con algo más de dificultad, sus Estados miembros) llegará a la conclusión que todas las normas de competencia judicial internacional del sistema de Bruselas deberán aplicarse sin

⁷³ *Ibid.*, pp. 153-155. La convención propuesta limita sin embargo los efectos de la eliminación a los demandados que tengan su domicilio en un Estado de la ASEAN.

⁷⁴ Ver el punto 9 del comunicado conjunto del sexto ASEAN Law Ministers Meeting, celebrado en Hanoi en septiembre de 2005 (www.aseansec.org/17738.htm).

⁷⁵ Ver P.M.C. KOH, “Foreign Judgments in ASEAN-A Proposal”, *ICLQ*, vol. 45, 1996, pp. 844-860.

⁷⁶ Se trataría de una utilización perversa, en el ámbito del DIPr, de la idea posmoderna del “doble código”, sobre la que habla E. JAYME, “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”, *Recueil des cours*, t. 251 (1995), p. 249; ver también, del mismo autor, “Die kulturelle Dimension des Rechts – ihre Bedeutung für das Internationale Privatrecht und die Rechtsvergleichung”, *RabelsZ*, 2003, p. 230. En nuestro caso, la situación no representa una mezcla de lo viejo con lo nuevo, sino de lo viejo con lo malo.

⁷⁷ R. GEIMER, “The Brussels Convention – Successful Model and Old-timer”, *Eur. J.L. Ref.*, vol. 4, 2002, p. 20.

consideración del domicilio del demandado. Tal es la tendencia claramente marcada en la sentencia *Owusu*⁷⁸ y en la opinión del Tribunal de Justicia que reafirma la competencia comunitaria para la negociación de los tratados internacionales de DIPr⁷⁹, es decir, en relación con las materias mencionadas en el art. 65 del Tratado CE⁸⁰. Una doctrina significativa⁸¹ acompaña esta idea. Si ese momento llega, ni siquiera el más pesimista puede imaginar que el Reglamento de Bruselas 4, 5 u 8 vaya a permitir el juego de los foros exorbitantes hoy disponibles en los ordenamientos jurídicos nacionales. Me resisto a creer que, llegado ese momento, los legisladores europeos van a razonar como ciertos autores que continúan justificando los foros exorbitantes porque otros Estados – y, muy particularmente, los Estados Unidos – los utilizan todavía.

Para evitar el supuesto riesgo de un Estado de no estar “protegido” contra los foros exorbitantes de otros Estados y romper de este modo el círculo vicioso, basta que todos los Estados no sólo eliminen sus propios foros exorbitantes (como lo ha hecho Bélgica en el Código de DIPr aprobado en 2004) sino que además adopten un régimen común respecto de ellos (he aquí la *segunda idea*). En otros términos, un régimen en el cual se mencionaría claramente que las decisiones emanadas de cualquier lugar del mundo que estén fundadas en un criterio exorbitante de competencia no serán reconocidas ni ejecutadas en Europa. Hace ya varios años, un prestigioso profesor propuso la eliminación de este enojoso doble estándar (concretamente, la eliminación del art. 4 del Reglamento 44/2001)⁸². Cuesta ser muy optimista, pero sería muy interesante aprovechar las posibilidades de modificación que brinda la dinámica técnica legislativa comunitaria para realizar un cambio tan saludable.

27. En cuanto a los foros exclusivos, puede decirse que son simplemente inoportunos en un sistema basado en la confianza y la cooperación. Nadie duda que en la mayoría de los casos, los litigios relativos a las materias del art. 22 del Reglamento 44/2001 van a ser juzgados por los jueces señalados como exclusivos. Pero en el marco de la construcción del Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, donde el *exequátur* ha comenzado a desaparecer, el mantenimiento de estos foros parece ser, al menos desde un punto de vista general, una reliquia del pasado⁸³.

⁷⁸ TJCE, *Owusu c. Jackson*, 1 de marzo de 2005, as. C-281/02.

⁷⁹ TJCE, *Convenio de Lugano*, 7 de febrero de 2006, opinión 1/03 (pleno).

⁸⁰ La proposición de un reglamento para “controlar” (autorizándolos o no) los acuerdos que los Estados miembros quieran celebrar con terceros Estados, presentada en diciembre de 2008, no hace más que confirmar y profundizar esta tendencia (Doc. COM(2008) 894 final).

⁸¹ F. POCAR, “La codification européenne du droit international privé : vers l’adoption de règles rigides ou flexibles vers les États tiers?”, *Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé: esprit et méthodes*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 695-705 ; A. BONOMI, “Le droit international privé entre régionalisme et universalisme”, *RSDIE*, 2006, pp. 306-308. Ver también R. GEIMER (nota 77), pp. 20-21 y M. WILDERSPIN / A.-M. ROUCHAUD-JOËT, “La compétence externe de la Communauté européenne en droit international privé”, *RCDIP*, 2004, pp. 1 ss.

⁸² A.V.M. STRUYCKEN, “Les conséquences de l’intégration européenne sur le développement du droit international privé”, *Recueil des cours*, tome 232 (1992), p. 344. En realidad el autor habla solamente de la eliminación del primer párrafo del art. 4, que es el que reclama la aplicación de las normas de competencia nacionales cuando el demandado está domiciliado fuera del territorio del Reglamento. Pero, naturalmente, eliminando ese párrafo, la subsistencia del segundo (que autoriza la invocación de las normas nacionales, incluyendo las que contienen foros exorbitantes, a los domiciliados en el Estado respectivo contra los demandados domiciliados fuera de la UE) pierde sentido.

⁸³ Hay una contradicción chocante entre la eliminación del *exequátur* para ciertas decisiones, realizada por el Reglamento 805/2004, de una manera casi brutal (si se cree en lo que dicen algunos

En mi opinión, podrían eliminarse sin mayor pena la mayoría de los foros exclusivos, conservando solamente los que se refieren a la intervención del Estado como poder público, es decir, los foros en materia de validez de las inscripciones en los registros públicos y en materia de ejecución de las decisiones extranjera (*tercera propuesta*). En un escenario de eliminación de foros exclusivos, la litispendencia está llamada a jugar un papel importante pero sabiendo que ni ella ni el carácter imperativo reconocido por el Tribunal de Justicia europeo a las normas del sistema de Bruselas pueden servir para justificar abusos procesales⁸⁴, actitud infelizmente avalada por el Tribunal en el caso *Gasser*⁸⁵. Las decisiones de julio de 2006 en materia de patentes⁸⁶ deben servir para darse cuenta que la competencia exclusiva provoca más problemas que los que resuelve. En ausencia de un sistema judicial centralizado, la única forma razonable de evitar la multiplicación de litigios pasa por la litispendencia pero – vale la pena insistir – otorgando a los jueces cierto margen de apreciación y eliminando la posibilidad de que la litispendencia pueda ser invocada contra el foro de la autonomía de la voluntad. Si estas propuestas parecen muy radicales, una reforma del art. 22.4 como la propuesta por el CLIP⁸⁷ se hace indispensable. Es decir, limitar el campo de aplicación de la norma a los litigios que tienen por objeto la validez o el registro de las propiedades inmateriales mencionadas en el mismo, excluyendo los casos en los cuales las cuestiones son planteadas por vía incidental⁸⁸.

La eliminación de los foros exclusivos del sistema europeo no tendría ninguna consecuencia negativa. Si se presta atención a las iniciativas que se están desarrollando en este momento para mejorar la optimizar la solución efectiva de los problemas reales, la obsesión de los jueces, de los legisladores y del mundo académico por los foros anormales, podría casi ser contemplada con ternura, como cuando uno observa a los viejitos que no pueden dejar de hacer las cosas que hicieron toda la vida, aunque ya no tengan mayor sentido.

28. Varios desarrollos recientes del DIPr comunitario muestran el compromiso de las autoridades europeas de crear un verdadero espacio de circulación de decisiones coherente. Tales avances en el principio de confianza mutua, ilustrado por el mecanismo de certificación introducido por el Reglamento 805/2004 sobre el título ejecutivo europeo, parecen incompatibles con la existencia misma de foros exorbitantes. Si un

estudios que reclamaron su reforma al día siguiente de su entrada en vigor: L. D'AVOUT, "La circulation automatique des titres exécutoires imposée par le règlement 805/2004 du 21 avril 2004", *RCDIP*, 2006, pp. 46-48) y la petrificación de ciertos foros exclusivos. Ver también el Reglamento 1896/2006 introduciendo el proceso monitorio europeo. Los dos textos dejan intacta la aplicación del Reglamento 44/2001.

⁸⁴ En el mismo sentido, T.C. HARTLEY, "Jurisdiction and Judgments: The English Point of View", *DeCITA*, vol. 4, 2005, p. 66; H. MUIR WATT, "Qui a peur de la compétence exorbitante?", *Justices*, 1995-2, p. 340.

⁸⁵ TJCE, *Gasser c. MISRAT*, 9 de diciembre de 2003, as. C-116/02.

⁸⁶ TJCE, *GAT c. LuK*, 13 de julio de 2006, as. C-4/03, y *Roche Nederland c. Primus et Goldenberg*, 13 de Julio de 2006, as. C-539/03.

⁸⁷ *European Max-Planck Group for Conflict of Laws in Intellectual Property*.

⁸⁸ Por otro lado, las decisiones así tomadas no deben afectar la validez o el registro de los derechos de propiedad en cuestión. El análisis y la propuesta del CLIP, se encuentran en: www.mpipriv-hh.mpg.de/deutsch/main/Pressemitteilungen/2007/CLIPBrusselsIDec06final.pdf ("Exclusive Jurisdiction and Cross Border IP (Patent) Infringement. Suggestion for Amendment of the Brussels I Regulation", 20 de diciembre de 2006).

juez ha basado su competencia sobre un foro odioso ninguna certificación debería extenderse en el Estado de origen. De otro modo, el remedio del orden publica podrá siempre ser utilizado por los otros Estados miembros en los que se pretenda hacer valer dicho título (*cuarta idea*).

Al lado de esto, es interesante constatar que se ha abierto una ventana al optimismo con los programas comunitarios para la promoción de métodos para la resolución alternativa de conflictos, la adopción de la Directiva 2008/52 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, el Reglamento 861/2007 sobre el proceso europeo de escasa cuantía, toda la panoplia de medidas que se han comenzado a fomentar en el cuadro de la iniciativa conocida como e-Justicia, etc., etc. Al lado de todo eso, el foro del patrimonio, el foro del emplazamiento del demandado o el foro exclusivo para los arrendamiento de inmuebles son piezas de museo (del museo del horror)⁸⁹.

IV. La acción de los legisladores y de los jueces nacionales

29. En cada país, los legisladores y los jueces pueden moverse en la esfera de la competencia directa o en la de la competencia indirecta. Podría pensarse que la única vía posible para reformar los sistemas nacionales es, precisamente, la vía nacional ya que las organizaciones internacionales son sometidas cada vez a un marcaje más férreo por parte de ciertos *lobbies* internacionales. La experiencia en materia de codificación internacional otorga algún crédito a esta especulación. Pero debe tomarse en consideración que: 1) la presión de los sectores afectados por determinada reglamentación existe a nivel internacional, por supuesto, pero también a todos los niveles posibles en los cuales se desenvuelve un trabajo de elaboración normativa (y en el nivel nacional de forma mucho más acusada y exitosa); 2) los textos producidos por las organizaciones internacionales sirven de ejemplo, de modelo, incluso si ellos no son finalmente ratificados (o específicamente implementados) por un número significativo de Estados. Dicho esto, es verdad que cada Estado puede mejorar su propio orden jurídico de manera individual.

1. Sobre la competencia directa

⁸⁹ Existen también propuestas para la concentración de litigios sobre determinadas materias muy caracterizadas ante auténticos tribunales internacionales o supranacionales (comunitarios), único ámbito en el que tiene sentido el argumento de la “concentración” para justificar el establecimiento de foros exclusivos (lo que podría ser una *quinta idea*). En relación con las patentes, pueden mencionarse el proyecto de *European Patent Litigation Agreement* (para la “patente europea”, es decir, vinculada con la Oficina Europea de Patentes, organismo no comunitario; ver S. FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA / C. SALVADOR, “El Acuerdo sobre la regulación de litigios en materia de patentes europeas (EPLA)”, *DeCITA*, vol. 3, 2005, pp. 414-423, y S. LUGINBUEHL, “A Stone’s Throw Hawai from a European Patent Court: The European Patent Litigation Agreement”, *EIPR*, 2003, pp. 256-269) y las ideas, no tan diferentes, de la Unión Europea relativas a la “patente comunitaria” (que, como se sabe, es diferente de la anterior; ver M. WILDERSPIN, “La compétence juridictionnelle en matière de litiges concernant la violation des droits de propriété intellectuelle”, *RCDIP*, 2006, pp. 805-808. En materia de litigios sobre obras de arte, ver la propuesta de E. JAYME, “Ein internationaler Gerichtstand für Rechtsstreitigkeiten um Kuntswerke – Lücken im europäischen Zuständigkeitssystem”, in: *Recht-Kultur-Finanz. Festschrift für Reinhard Mußnug zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, Müller, 2005, p. 517.

30. Siguiendo con los foros más recalcitrantes, puede verse, por ejemplo, que varios países han eliminado o limitado los foros exorbitantes de sus legislaciones, ya sea por la acción del legislador o por la de los tribunales. Uno de los medios utilizados por los tribunales a este fin es el *forum non conveniens*, que sería una posibilidad a tomar con más atención para luchar contra los efectos negativos de los foros exorbitantes (*primera idea*). Sin embargo, conociéndose los abusos que se producen en la utilización de este mecanismo, debe subrayarse que la única manera de no desnaturalizar su verdadera función es la de concebirlo como un mecanismo excepcional que debe en todo caso respetar los derechos fundamentales de las partes. Lo ideal, obviamente, sería eliminar lisa y llanamente todo vestigio de foros exorbitantes.

Los foros exclusivos relativos a actividades privadas deberían también descartarse de las legislaciones nacionales. Pero, en la medida en que continúen existiendo, su aplicación debe hacerse de manera restrictiva, sin afectar los aspectos “no exclusivos” con los cuales a menudo se mezclan las materias “exclusivas” en la realidad⁹⁰. Paralelamente, todo sistema que retenga foros de competencia exclusiva debería reconocer los foros exclusivos semejantes de los demás Estados.

2. Sobre la competencia indirecta

31. En general, en relación con la competencia indirecta, cabe afirmar que la noción arcaica e “imperialista” según la cual los únicos foros válidos son los concebidos por nuestro legislador⁹¹ debe dejar lugar a criterios flexibles para la verificación de la competencia judicial extranjera, respetando siempre los pilares en los cuales descansa todo sistema de “conflicto de jurisdicciones”: la concurrencia de foros, la competencia razonable (no exorbitante) del juez de origen y el respeto a los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, una norma de competencia indirecta como la del art. 539.1.4 del Código general del proceso del Uruguay parece recomendable, en la medida en que la noción de competencia exclusiva permanezca restringida. Esta norma, redactada por el gran internacionalista Didier Operti Badán⁹², establece como condición para la eficacia de una decisión extranjera que el juez de origen sea competente según su propio derecho, con la excepción de las materias que sean de competencia exclusiva uruguaya. Con esta condición y la actuación excepcional del orden público en su doble perfil sustancial y procesal, la defensa de los intereses sagrados del Estado y, sobre todo, de los derechos fundamentales de las partes, queda perfectamente garantizado. En Europa, no obstante, algunos parecen todavía muy preocupados por este tipo de normas modernas de reconocimiento, conformes a la realidad de las relaciones internacionales contemporáneas.

Todo lo que vengo de decir puede parecer ingenuo si se piensa en la existencia de países donde aún sigue siendo necesaria la vigencia de un tratado internacional entre los

⁹⁰ Ver D.P. FERNANDEZ ARROYO (nota *), pp. 119-123.

⁹¹ K. KERAMEUS, “Enforcement in the International Context”, *Recueil des cours*, t. 264 (1997), pp. 226-227.

⁹² R. HERBERT, “El concepto de jurisdicción exclusiva en el art. 539.1.4. del Código General del Proceso », *Liber amicorum en homenaje al Profesor Dr. Didier Operti Badán*, Montevideo, FCU, 2005, pp. 265 ss.

Estados implicados para garantizar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia⁹³. Es evidente que, en esos casos, hablar de tratamiento de las decisiones extranjeras en la legislación nacional no tiene mucho sentido ya que todo (incluyendo las normas de competencia indirecta) es dejado al juego de los tratados internacionales sobre reconocimiento y ejecución. Pero, incluso en esos casos, queda un espacio para el reconocimiento. Así, la Corte Suprema de la Federación Rusa ha encontrado un argumento para hacer eficaz una decisión de la *High Court of Justice* del Reino Unido – a pesar de la ausencia de un tratado de reconocimiento y ejecución –, sobre la base, por un lado, del principio de reciprocidad y, de otro lado, de la idea del derecho fundamental a la efectividad de la decisión fundada en la existencia de un tratado que garantiza recíprocamente a los ciudadanos de un Estado el derecho de acceso a la justicia en el otro⁹⁴.

V. Reflexiones finales

32. He intentado llamar la atención sobre las varias vías posibles para modificar la situación retrógrada que caracteriza todavía a muchos sistemas de competencia judicial. Dado que tal característica se nota especialmente en la subsistencia de los foros exorbitantes y exclusivos, y teniendo en cuenta el fuerte impacto de los mismos, la explicación de las opciones y las propuestas concretas los han tenido en cuenta de un modo particular, sin que ello implique desconocer que el discurso sobre la competencia judicial internacional no puede agotarse en la gloria y ocaso de estos foros. Las propuestas realizadas no son excluyentes entre sí. Diferentes combinaciones y diversos ritmos de entrada en vigor son posibles. Lo que importa es la conciencia de la contribución que tal modificación podría ofrecer al DIPr, entendido como el derecho de las relaciones humanas más concretas⁹⁵.

Cuando las relaciones jurídicas propias de esta rama del derecho eran más o menos raras o esporádicas, la utilización de criterios inapropiados para su solución no tenía en general una gran relevancia, más allá de los círculos académicos. Pero, en la situación actual, signada por la impresionante multiplicación exponencial de litigios internacionales de carácter privado, la resistencia a cambiar la manera de tratar estos litigios se va haciendo cada vez más grave. Así como el comercio, que no puede funcionar si para la simple aceptación de una demanda es preciso esperar varios meses o varios años, sin el menor índice de efectividad de la decisión que será finalmente adoptada, la vida personal tampoco puede funcionar bien si la resolución de un problema internacional de familia implica un calvario procesal en el cual intervienen

⁹³ SCHLOSSER (nota 6), pp. 40-41. En relación con Rusia, ver B. DUTOIT, “Reconnaissance et exécution des jugements en matière civile et commerciale et des sentences arbitrales en Russie: du vieux vin dans de nouvelles outres?”, in: *Mélanges Knoepfler* (nota 16), pp. 129-140

⁹⁴ Decisión de 7 de junio de 2002, *Banque Populaire de Moscou Ltd (Londres)*. Ver texto y comentario de T. KOUTEVA-VATHELOT, en *RCDIP*, 2003, pp. 100-108. Aunque esta decisión fue revertida algunos meses después por la decisión de la Corte federal de arbitraje de la región de Moscú de 2 de diciembre de 2002, la doctrina sobre la cual ella se apoya no debe perderse de vista. Ver B. DUTOIT, (nota precedente), pp. 131-133.

⁹⁵ En un sentido no muy lejano del empleado por Estanislao Zeballos, quien llamaba a nuestra disciplina “derecho privado humano”. Ver E. ZEBALLOS, *Justicia internacional positiva*, Valencia, 1911, p. 43.

varias jurisdicciones aisladas. No se trata sólo de una cuestión de mal funcionamiento. En muchos casos estos problemas se transforman en violaciones concretas de los derechos procesales fundamentales.

Conociendo los obstáculos de todo orden con los que se enfrentan los legisladores nacionales e internacionales para realizar cambios que afectan a materias fuertemente influenciadas por la tradición jurídica (o, a veces, por meros prejuicios), vale la pena insistir en la pertinencia de introducir reformas progresivas y de utilizar mecanismos flexibles. Así, un primer paso para la abolición de los foros exorbitantes puede consistir en aplicarlos cuando el litigio presente una conexión significativa con el foro. Del mismo modo, a nivel internacional, la adopción y la difusión de instrumentos de *soft law*, puede contribuir a desbrozar un camino que se muestra difícilmente franqueable para las convenciones rígidas. Fuera o además del trabajo legislativo, varias puertas se abren para dejar paso a las soluciones de los litigios internacionales sin necesidad de sufrir las consecuencias indeseables de los foros abusivos.