
Conflictos internacionales de jurisdicción: contrastes para su resolución entre el sistema del *commom law* y el *civil law**

› ANDRÉS GUSTAVO MAZUERA ZULUAGA**
› LILIANA DAMARIS PABÓN GIRALDO***

RESUMEN. En este artículo se aborda el conflicto internacional de jurisdicciones y los casos en los cuales este se presenta, a fin de identificar los contrastes para su resolución que existen en la tradición jurídica del *common law* y del *civil law*. Al respecto, se evidencia que cuando se trata de asuntos de interés privado, los sistemas jurídicos se debaten entre la aplicación del *forum non conveniens* y la *lis pendens*. Por su parte, en asuntos que involucran intereses públicos se debe tener

-
- * Fecha de recepción: 8 de agosto de 2018. Fecha de aceptación: 6 de mayo de 2019.
Para citar el artículo: MAZUERA ZULUAGA, A. G. y PABÓN GIRALDO, L. D., “Conflictos internacionales de jurisdicción: contrastes para su resolución entre el sistema del *commom law* y el *civil law*”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 37, julio-diciembre 2019, 221-247, DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n37.09>
Este artículo de investigación es producto del proyecto “Conflictos internacionales de jurisdicción relativos a la Jurisdicción especial para la Paz y su resolución”, en el que participan sus autores, gracias a la Convocatoria Nacional 775 de 2017 Jóvenes Investigadores para la Paz 2018, financiado por la Universidad de Medellín y Colciencias.
- ** Universidad de Medellín, Medellín (Colombia); integrante del Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal. Magíster en Relaciones Internacionales Iberoamericanas, Universidad Rey Juan Carlos de España, Madrid (España). Abogado, Universidad de Medellín, Medellín (Colombia). Joven investigador Colciencias-Universidad de Medellín, Convocatoria Nacional Jóvenes Investigadores para la paz 2018. Contacto: agmazuera@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1954-7423>.
- *** Universidad de Medellín, Medellín (Colombia); jefe de la Maestría en Derecho Procesal Extensiones; líder e integrante del Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal. Doctora en Derecho, Universidad Nacional de Rosario, Rosario (Argentina). Abogada y magíster en Derecho Procesal, Universidad de Medellín, Medellín (Colombia). Contacto: ldpabon@udem.edu.co. Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-8561-7357>.

presente el interés soberano en asumir un caso con fundamento en las políticas estatales existentes, sea por temas de estabilidad o de seguridad, empleando para ello el principio de extraterritorialidad, como doctrina de los efectos o la unidad del propósito.

PALABRAS CLAVE: conflictos de jurisdicción, soberanía, autonomía, derecho internacional.

International Conflicts of Jurisdiction: Divergences on Resolution between the Common Law System and the Civil Law

ABSTRACT. This paper addresses the international conflicts of jurisdictions and the cases in which they may arise, in order to identify the existing contrasts on their resolution in the legal tradition of common law and civil law. Thus, when dealing with matters of private interest, legal systems are torn between the application of the *forum non conveniens* and the *lis pendens*. On the other hand, in matters involving public interests, the sovereign interest and existing state policies in adjudicating a case —whether due to stability or security issues- must be borne in mind the enforcement of law through extraterritoriality, as well as doctrine of the effects or the group economic unit doctrine.

KEYWORDS: conflicts, jurisdiction, common law, civil law, international law.

SUMARIO. Introducción I. Acerca del conflicto internacional de jurisdicción. A. De la jurisdicción internacional. B. Posibles escenarios de conflicto internacional de jurisdicción. II. Formas de resolver un conflicto internacional de jurisdicción en el *common law* y en el *civil law* en asuntos de interés privado. A. Cláusula de selección del foro. B. La cláusula de selección de foro en el *common law*. C. La cláusula de selección de foro en el *civil law*. D. Diferencias en la forma de resolver un conflicto internacional de jurisdicción de un asunto de interés privado en el *common law* y en el *civil law*. III. Formas de resolver un conflicto internacional de jurisdicción en el *common law* y en el *civil law* en torno a asuntos que involucran intereses públicos. A. El *common law* y la doctrina de los efectos. B. El *civil law* y la unidad de propósito. Conclusiones. Referencias.

Introducción

Hablar de jurisdicción¹ es referirse a una de las principales instituciones del derecho procesal, al hacer alusión a la función jurisdiccional de un Estado, a los

1 Para mayor claridad en la terminología empleada en este artículo, se realiza la siguiente salvedad respecto al concepto de “jurisdicción”. Este se emplea en español para diferenciarlo de la “com-

órganos o particulares encargados de la función de administrar justicia, esto es, a la facultad o potestad que se tiene para resolver un conflicto intersubjetivo de intereses. Determinar la jurisdicción es un asunto que corresponde a cada Estado dentro de su soberanía estatal, circunstancia en la cual —en caso de ocurrir un conflicto— es el Estado el que establece la autoridad encargada de su resolución. No obstante, y es precisamente lo que analiza este artículo, existen casos en los que producto de las relaciones jurídicas entre Estados, Gobiernos, nacionales o entre ordenamientos jurídicos, el conflicto involucra a dos o más jurisdicciones internacionales y es necesario definir la jurisdicción encargada de resolver el caso, con el objetivo de evitar sentencias contrarias, simultáneas o imposibles de ser ejecutadas.

Al respecto, es importante tener en cuenta que se debe diferenciar si son asuntos de interés privado o si se trata de asuntos que involucran un interés público, ya que su resolución será diferente y dependerá en todo caso de la tradición jurídica que cada Estado adopte, sea *common law*, como es el caso de los Estados Unidos, o *civil law*, como es el caso de la Europa continental.

Se intenta entonces responder al siguiente interrogante: ¿cuáles son los contrastes para la resolución de conflictos internacionales de jurisdicción, presentados en el *common law* y en el *civil law*? Para ello se tiene como objetivo precisamente identificar los contrastes en la resolución de conflictos internacionales de jurisdicción tanto en el *common law* como en el *civil law*. En consecuencia, se adoptó una metodología teórico-analítica en la que por medio de la consulta de diversos autores y casos específicos —que abordan la temática trabajada— se realizó un análisis de la doctrina o principio adoptado tanto en los Estados Unidos como en Europa cuando de un conflicto entre jurisdicciones se trata, para de esta forma evidenciar las diferencias presentadas en cada una de estas tradiciones jurídicas.

Este trabajo se compone de tres secciones y un acápite de conclusiones. En la primera se aborda el tema de los conflictos internacionales de jurisdicción, estableciendo claramente su definición y los casos en los cuales se está en presencia de este tipo de conflictos; en una segunda parte se examina la solución de los conflictos de jurisdicciones cuando se trata de asuntos de interés privado, indicando claramente la doctrina que adopta Estados Unidos y la que asume la

petencia”. El primero es visto como la potestad o facultad que tiene el Estado para administrar justicia o resolver un conflicto intersubjetivo de intereses, y la segunda es tratada como el conocimiento preciso que se tiene de un asunto en un territorio determinado. En este artículo, y de cara al derecho internacional, es abordado en su connotación más amplia y como frecuentemente es usado en ese ámbito, con el objetivo de mantener la unidad del texto y una mejor comprensión de él en el derecho internacional. Lo anterior implica que en algunos casos, si bien el concepto correcto en español sea “competencia”, se ha preferido usar el término “jurisdicción”. Para un mejor entendimiento de esta cuestión, confróntese MANN, F, “The Doctrine of Jurisdiction in International Law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 111, Leiden, 1964, 15.

Unión Europea, y se evidencian sus diferencias, para concluir con una tercera parte que examina los asuntos que involucran intereses públicos y la forma de resolver los conflictos entre jurisdicciones que se presenten en ellos, dejando claro que interesa en mayor medida el interés soberano y las políticas estatales establecidas.

I. Acerca del conflicto internacional de jurisdicción

A. De la jurisdicción internacional

Nunca antes tuvo tanto sentido hablar de los conflictos internacionales de jurisdicción como en los tiempos actuales. En pleno mundo globalizado, con el aumento de las transacciones internacionales y la constante interacción entre gobiernos y nacionales de diferentes Estados, surgen necesariamente diversas relaciones entre los ordenamientos jurídicos de cada Estado. Mucho tiempo ha pasado desde que en el año 1609 se expidió la ordenanza Michaud, en la que se establecía por primera vez un mecanismo para la ejecución de sentencias extranjeras en el medioevo francés. De cualquier manera, solamente a partir del siglo XIX comienza la creación de sistemas de solución de conflictos de la ejecución de sentencias extranjeras, inspirados en la codificación napoleónica y en el abandono de la doctrina *extra territorium iusdicendi immune non paretur*, esto es, que las sentencias no pueden producir efectos fuera de su territorio².

De esta forma, las relaciones entre los Estados también comenzarán a estar mediadas por las interacciones entre sus sistemas jurídicos, bajo el entendido de que la movilidad de las personas y las transacciones internacionales generan necesariamente el incremento de los puntos de conexión entre los sistemas jurídicos. Esto es apenas una de las dimensiones que ha adquirido el estudio de los conflictos internacionales de jurisdicción. En efecto, como lo señala Hartley:

La jurisdicción internacional se relaciona con la división de poderes entre los diferentes Estados u otras organizaciones internacionales [...]. La jurisdicción internacional incluye: la jurisdicción legislativa (el poder de la legislatura para dictaminar leyes —por ejemplo, aprobar una ley que afecta a personas fuera de su territorio)— y la jurisdicción ejecutiva (el poder del ejecutivo para actuar en circunstancias particulares —por ejemplo, arrestar un fugitivo fuera del territorio)—³.

2 BOUTIN, G., *Conflictos de jurisdicción en el derecho internacional privado*, Medellín, Universidad de Medellín, 2015, 13

3 Traducido libre de los autores, al igual que todas las citas de textos originalmente en inglés. HARTLEY, T., *International commercial litigation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, 11.

Así entonces, la jurisdicción internacional no hace referencia únicamente a la ejecución de sentencias extranjeras, sino que implica una serie de conductas que van desde la posibilidad de someter litigios ante tribunales extranjeros, acudir a árbitros internacionales o instituciones multilaterales para que resuelvan una disputa, hasta la persecución y juzgamiento internacional de criminales. Por esta razón sostiene Goldschmidt que “la jurisdicción internacional es un presupuesto de una sentencia sobre el fondo que el tribunal ha de examinar antes que la jurisdicción interna”⁴.

Por ello, se puede indicar que la jurisdicción internacional tiene dos momentos: en primer lugar, hace referencia a la determinación que hace un tribunal sobre la propia jurisdicción internacional, es decir, si tiene jurisdicción sobre el caso que se le presenta; en segundo lugar, implica la correlativa consideración respecto de la jurisdicción internacional que podría tener un tribunal extranjero para conocer un asunto en específico; dicho de otro modo, reconocer que es otro tribunal quien tiene jurisdicción sobre el caso⁵.

De allí que existan diferentes casos en que se ven involucradas distintas jurisdicciones, cuya interacción depende fundamentalmente de que exista un reconocimiento mutuo de la jurisdicción que se ejerce; tal es el evento en que se solicita cooperación judicial, una moción de litispendencia ante un tribunal extranjero, se propone cosa juzgada ante un tribunal foráneo o se invoca el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras⁶.

Con estas cuestiones en mente, F. A. Mann definió la jurisdicción internacional en estos términos:

La jurisdicción es un aspecto de la soberanía, es equivalente y, en efecto, está relacionada con —aunque limitada igualmente— la soberanía estatal. Como lo dijo Lord Macmillan, “es un atributo esencial de la soberanía de este reino, así como de todos los Estados independientes y soberanos, que se debe tener jurisdicción sobre todas las personas y las cosas dentro de los propios límites territoriales y en todos los casos, tanto civiles como penales que surjan dentro de estos límites”. Si un Estado asume jurisdicción fuera de los límites de su soberanía, entraría en conflicto con otros Estados quienes no deberían sufrir trasgresiones a su propia soberanía [...]. Este sistema parece establecer un régimen satisfactorio para el mundo entero; divide el mundo en compartimentos dentro de los cuales cada Estado soberano ejerce jurisdicción. Más aún, la conexión entre la jurisdicción y la soberanía es —hasta

4 GOLDSCHMIDT, W., “Jurisdicción Internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, n.º 5, 1952, 175.

5 *Ibid.*, 164.

6 *Ibid.*

este punto— obvia, inevitable y casi un cliché, en el entendido [de] que gracias a su propia soberanía necesariamente tiene jurisdicción⁷.

B. Posibles escenarios de conflicto internacional de jurisdicción

Ahora bien, la existencia de diferentes jurisdicciones en el campo internacional puede generar variadas consecuencias, máxime cuando son varios Estados los que se arrojan la posibilidad de actuar, legislar o judicializar determinado asunto o personas⁸. El profesor Hartley indica al menos siete escenarios en los cuales se presenta un conflicto de jurisdicciones en el ámbito internacional:

1) Cuando dos o más tribunales situados en Estados diferentes o con sede en un organismo multilateral deciden asumir jurisdicción sobre un mismo asunto de forma simultánea, esto conllevaría a la existencia de múltiples sentencias cuyos resultados podrían ser disímiles⁹.

2) La imposibilidad de ejecutar sentencias extranjeras en determinado país, dado que —a los ojos de la jurisdicción del Estado donde se pretende ejercer— han sido resueltos por un tribunal que no tenía jurisdicción sobre tal asunto¹⁰.

3) Cuando las partes han acordado previamente someterse a una jurisdicción en específico valiéndose de una cláusula de selección de foro, y alguna de las partes acude a un foro diferente del acordado¹¹.

4) Por su parte, tampoco tiene sentido que un tribunal o una autoridad gaste recursos administrativos y financieros tanto del Estado como de las partes para asumir jurisdicción sobre una disputa que no tiene nada que ver con su Estado o la organización donde se encuentra. En este escenario, muchas jurisdicciones rechazarían escuchar el litigio aun si las partes habían acordado previamente someterse a su jurisdicción¹².

5) Naturalmente, ejercer una amplia jurisdicción internacional por parte del algún tribunal o de una autoridad estatal puede ofender a los Estados extranjeros, que podrían tener un interés legítimo en conocer sobre la disputa¹³.

6) Un elemento fundamental para tener presente es la equidad y la justicia en el proceso. Resulta apenas obvio que el demandado intente objetar la jurisdicción de un tribunal si considera que las condiciones del procedimiento en

7 Traducción libre. BUXBAUM, H. L., “Territory, Territoriality, and the Resolution of Jurisdictional Conflict”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 57, 2009, 631.

8 Este tipo de jurisdicción se denomina *in personam*, esto es, que involucra a determinada persona o conjunto de personas por variados asuntos.

9 HARTLEY, *International commercial litigation*, *op. cit.*, 13

10 *Ibid.*, 13.

11 *Ibid.*, 14.

12 *Ibid.*

13 *Ibid.*, 14-15.

dicha jurisdicción lo sujetan a una posición desfavorable para hacer valer sus pretensiones. Muchas veces la conveniencia o los gastos que implican los litigios internacionales pueden afectar la capacidad real que tiene una de las partes para defenderse¹⁴.

7) Finalmente, también puede haber conflicto cuando un Estado tiene un interés en ejercer alguna política pública o defender ciertos intereses nacionales, como ocurre en la defensa de los derechos humanos, persecución de criminales o incluso en la protección internacional del mercado interno¹⁵.

Así las cosas, la jurisdicción internacional de un tribunal se ve objetada —en principio— cuando existe un interés de las partes en someter sus disputas ante una jurisdicción en el extranjero o ejecutar una sentencia foránea en determinado país cuando existe un interés de un Estado en ejercer su soberanía y jurisdicción para decidir sobre un asunto en específico e incluso cuando existe un interés internacional de garantizar el acceso a la justicia o la condena de ciertas conductas en el ámbito multilateral.

Por este motivo, es relevante considerar el ámbito en el que se desarrolla el conflicto de jurisdicciones, porque ciertamente no es lo mismo cuando se ven involucrados intereses meramente privados, en los que las partes involucradas en la disputa tienen un amplio margen de disposición; a cuando existen intereses públicos o intereses transnacionales de protección de derechos fundamentales y acceso a la justicia, en los que tal disposición no tiene cabida, en la medida en que hay multiplicidad de eventos que terminan siendo controlados por políticas públicas de cada Estado, que van desde el lavado de activos, protección a la competencia, protección del consumidor y conservación del medio ambiente hasta persecución penal por graves delitos. Por tanto, los asuntos que involucran intereses públicos de los Estados suelen desencadenar otra serie de conflictos jurisdiccionales que normalmente no ocurrirían si se estuviera en presencia de una cuestión fundamentalmente privada. En consecuencia, la aplicación de los diversos mecanismos para determinar la jurisdicción de un Estado puede variar dependiendo de la materia o asunto de que se trate.

II. Formas de resolver un conflicto internacional de jurisdicción en el *commom law* y en el *civil law* en asuntos de interés privado

A. Cláusula de selección del foro

En el campo del derecho internacional privado y el comercio internacional, la autonomía de la voluntad y los actos unilaterales de las partes tienen un papel fundamental al definir la jurisdicción que conocerá de las disputas. Por regla ge-

14 *Ibid.*

15 *Ibid.*, 15.

neral, cuando surge una disputa en el ámbito del derecho privado únicamente se encuentran en juego intereses privados, por lo que no suele haber una motivación para impedir que los particulares definan el foro en el cual van a someter sus controversias.

En este sentido, las partes al momento de celebrar el contrato suelen incluir cláusulas que les permitan seleccionar la jurisdicción a la que acudirán para resolver el litigio. Esto se evidencia por ejemplo bajo la figura de las cláusulas compromisorias, en que las partes deciden ventilar la controversia ante un tribunal de arbitraje internacional. En efecto, las partes involucradas en transacciones internacionales suelen acordar que los litigios sean resueltos ante un tercero:

El hecho de que el Estado se reserve el monopolio exclusivo de la jurisdicción no implica que los particulares no puedan suplir dicha actividad a través de procedimientos de carácter privado, cuya decisión posea efectos de cosa juzgada como ocurre con el arbitraje. En este marco, debe considerarse al arbitraje como un equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil¹⁶.

De cualquier manera, el arbitraje internacional puede tener diferentes aristas a la hora de determinar su jurisdicción. La forma y la fuente de las materias que terminan sometiéndose a arbitraje modifican las reglas aplicables a la jurisdicción. De este modo, no constituye lo mismo el arbitraje comercial internacional o el arbitraje internacional en inversiones. Mientras que en el primer evento la jurisdicción se deriva de una decisión autónoma de las partes mediante una declaración contractual¹⁷, en el segundo caso el tribunal adquiere jurisdicción únicamente cuando un inversionista extranjero decide iniciar una demanda en el marco de un acuerdo internacional de protección de inversiones¹⁸.

Otra de las prácticas utilizadas por las partes consiste en seleccionar la jurisdicción nacional de un Estado específico en dónde someter la controversia. En este caso, las partes no solo pueden decidir acudir a un tribunal de arbitraje internacional, sino que también pueden acordar acudir a los tribunales de un determinado país y atender a las normas procesales de este¹⁹.

16 VÁSQUEZ, M., *Contratación internacional y arbitraje internacional*, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2017, 93-94.

17 MARÍN, J. M., “Los contratos internacionales en el marco regulatorio colombiano”, en PRIETO, R., *El derecho internacional privado y sus desafíos en la actualidad*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2016, 332-333

18 LÓPEZ, N., “Los acuerdos internacionales de inversión y el tratamiento de la inversión en el acuerdo comercial con la UE: perspectiva colombiana”, en *Acuerdo comercial entre Colombia, Perú y la Unión Europea*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2015, 590-591.

19 MARÍN, J. M., “La competencia judicial en Colombia, una mirada desde el derecho internacional privado”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 9, 2016, 199.

Esta última conducta utilizada por las partes ha recibido el nombre de *cláusula de selección de foro* o *choice-of-court agreement*²⁰. Estos acuerdos pueden otorgar jurisdicción a un tribunal en concreto o indicar simplemente el país en el que deben presentarse las reclamaciones judiciales. También puede ocurrir que las partes elijan varias jurisdicciones donde pueden presentarse las demandas o conceder jurisdicción exclusiva a las cortes de un Estado²¹.

Ahora bien, la validez de este tipo de cláusulas varía sustancialmente dependiendo de la jurisdicción a la que las partes hayan decidido acudir para resolver la disputa y en el lugar donde después pretendan hacer valer dicha sentencia. En efecto, en los países miembros de la Unión Europea —sistema *civil law*— existen limitaciones del tipo formal a las cláusulas de selección del foro, mientras que en los Estados Unidos —sistema *common law*— este tipo de acuerdos entre las partes ha tenido una acogida general reciente²².

B. La cláusula de selección de foro en el *common law*

En los Estados Unidos hasta los años setenta las cortes declaraban la invalidez de las cláusulas de selección de foro porque estas constituían de forma efectiva la derogatoria del poder jurisdiccional del Estado. Dicho de otro modo: “Las cortes norteamericanas obviamente han negado el efecto derogatorio que tienen las cláusulas de selección del foro en los contratos internacionales, porque esta elección colisiona con el poder que tienen las cortes para decidir un caso sobre el cual claramente tendría jurisdicción con base en el *common law* o por una norma legal”²³. A partir del caso ante la Corte Suprema de los Estados Unidos *M/S Bremen vs. Zapata Off-Shore C* en 1972, se comenzó a aceptar la validez de las cláusulas de selección de foro²⁴.

Lo anterior constituye un precedente fundamental puesto que resume de buena manera las perspectivas de la internacionalización de los litigios. En efecto, la Corte Suprema señala:

La expansión de los negocios e industrias americanas no sería estimulada si, a pesar de la existencia de contratos solemnes, se insistiera en la obtusa posición de que todas las disputas deben ser resueltas conforme a nuestras leyes y en nuestras cortes. Ante la ausencia de un foro contractual, las consideraciones hechas por la Corte

20 HARTLEY, *International commercial litigation, op. cit.*, 179.

21 *Ibid.*, 180.

22 *Ibid.*, 220.

23 POSCH, W., “Resolving business disputes through litigation or other alternatives: the effects of jurisdictional rules and recognition practice”, *Houston Journal of International Law*, vol. 26, n.º 2, 2004, 375.

24 *Ibid.*, 375.

de Apelaciones serían razones convincentes para mantener el foro en los Estados Unidos en el sentido tradicional, pero en una era de expansión del comercio y transacciones internacionales, los aspectos absolutistas de la doctrina del caso Carbon Black no tienen cabida, y sería un gran lastre en el desarrollo futuro de los negocios americanos. No podemos tener comercio y transacciones en el mercado mundial y en aguas internacionales exclusivamente en nuestros términos, gobernados por nuestras leyes y decididos en nuestras cortes [...]. Históricamente, las cláusulas de selección de foro no han sido favorecidas por las cortes norteamericanas. Muchas cortes, federales y estatales, han declinado su ejecución con el argumento de que son “contrarias al orden público”, o que su efecto es “evadir la jurisdicción” de la corte. Aunque aparentemente esta visión todavía tiene una aceptación considerable, otras cortes han tendido a adoptar una actitud más amigable hacia las cláusulas de selección de foro. Esta perspectiva progresista, soportada en una salvedad de voto bien razonada en el presente caso, se soporta en que dichas cláusulas son válidas *prima facie* y deberían ser aplicadas salvo que la mencionada aplicación fuera —demostrado por la parte demandada— “poco razonable” dadas las circunstancias particulares del caso²⁵.

Bajo esta premisa, las cláusulas de selección de foro son efectivas *prima facie* en los Estados Unidos, salvo que la parte interesada logre demostrar que dicha selección es inequitativa e irracional a la luz de las circunstancias del caso concreto. Resulta evidente que la nación norteamericana no tiene una normativa predecible sobre la validez de las mencionadas cláusulas; antes bien, deja en manos del tribunal el análisis de la razonabilidad y equidad de las cláusulas de selección de foro.

No obstante, existen numerosos países en los cuales no les es dado a las partes seleccionar la jurisdicción en que pueden someter sus disputas. Como lo señala el profesor Marín, en Colombia el nuevo Código General del Proceso —a pesar de ser reciente— obvió introducir cuestiones fundamentales del derecho internacional privado propias del mundo globalizado²⁶. En efecto, en Colombia no existe una norma expresa en el derecho interno que permita a las partes seleccionar la jurisdicción que resolverá el litigio²⁷. Esta es una cuestión que venía de tiempo atrás, como acertadamente lo ha señalado Alberto Zuleta al afirmar que en el caso colombiano no puede eliminarse por completo la jurisdicción del juez colombiano por pacto entre las partes, dado que estas no pueden disponer del foro por ser normas de orden público²⁸.

25 Traducción libre. *The Bremen vs. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972).

26 MARÍN, “La competencia judicial en Colombia...”, cit., 207.

27 *Ibid.*, 212.

28 ZULETA. A., “Las cláusulas de selección de foro y selección de ley en la contratación internacional: una visión desde el derecho internacional privado colombiano”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 44, 2010, 24.

C. La cláusula de selección de foro en el *civil law*

Por otro lado, la normativa europea —aunque ha sido históricamente más abierta a aceptar las cláusulas de selección de foro y de selección de ley aplicable²⁹— tiene una normativa específica bajo la cual se examina la intención de las partes de acudir a una jurisdicción concreta con fundamento en la autonomía de la voluntad. El Reglamento Bruselas de 2012 constituye una directiva de derecho comunitario que rige la manera en que los Estados miembro de la Unión Europea asumen los conflictos internacionales de jurisdicción.

Al respecto, existen normas que objetan —por regla general— la facultad que tienen las partes para elegir el foro en el cual van a someter sus diferencias contractuales: “No hay objeciones fundamentales u obstáculos legales en contra de la facultad de las partes para que contractualmente acuerden un foro que decidirá un eventual conflicto que surja en la ejecución de las obligaciones contractuales, y sobre cuál ley debería aplicarles”³⁰. Así lo indica el artículo 25 del Reglamento Bruselas:

Si las partes, con independencia de su domicilio, han acordado que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para conocer de cualquier litigio que haya surgido o que pueda surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal órgano jurisdiccional o tales órganos jurisdiccionales serán competentes³¹.

Empero, sí existen reglas concretas que limitan la autonomía de la voluntad respecto de la calidad que ostentan las partes involucradas en el litigio. En otras palabras, algunas personas —dada su condición de partes débiles en la negociación contractual— no podrían elegir libremente la jurisdicción donde se someten para llevar el proceso, pues las partes débiles en el contrato no podrán haber tenido nivel de influencia en la determinación y configuración de las cláusulas de selección de foro³².

29 KUIPERS, J. J., *EU law and private international law*, Leiden, Matinus Nijhoff Publishers, 2012, 44.

30 Traducción libre. POSCH, “Resolving business disputes through litigation or other alternatives: the effects of jurisdictional rules and recognition practice”, cit., 376.

31 Regulation (EU) n.º 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters

32 PABÓN, L., y MAZUERA, A., “La protección de las partes estructuralmente débiles en el arbitraje internacional”, en PABÓN, L., *Derecho procesal contemporáneo: perspectivas y desafíos*, Medellín, Universidad de Medellín, 2017, 323-326.

D. Diferencias en la forma de resolver un conflicto internacional de jurisdicción de un asunto de interés privado en el *common law* y en el *civil law*

Conforme a lo expuesto, es claro que la forma de resolver un posible conflicto de jurisdicción internacional depende fundamentalmente de la tradición jurídica que tengan los países respecto de los cuales se eleva la cuestión. Por ello señala acertadamente Posch que la perspectiva de los países anglosajones —y más concretamente de los Estados Unidos— difiere en aspectos medulares a la visión de los países del *civil law*³³.

Así entonces, en los Estados Unidos y la tradición del *common law* al analizar la jurisdicción sobre un caso se toma como base quién es la parte demandada en el proceso. El punto de partida es entonces la calidad de quien se defiende ante una demanda, puesto que la determinación de la jurisdicción parte de la conexión que tiene el demandado con el foro³⁴. Lo anterior tiene su justificación, dado que en los Estados Unidos las bases de la jurisdicción se asientan únicamente en el derecho interno de cada uno de los estados: “Las restricciones constitucionales respecto de la jurisdicción judicial en los Estados Unidos se centran más en la relación entre el demandado y el foro estatal, que en la conexión entre la disputa y el foro, lo cual es una característica del sistema europeo”³⁵.

Por otro lado, las naciones europeas están dentro de otra tradición jurídica —*civil law*— por lo que se basan principalmente en normas predeterminadas para definir la jurisdicción de un Estado sobre otro, tal como ocurre con el Reglamento Bruselas. En efecto, la comunidad europea prefiere centrarse en las conexiones y contactos normativos que realmente tiene la demanda respecto de la jurisdicción donde se pretende promover³⁶: “Lo que es necesario en el derecho europeo es una conexión sustancial entre las bases legales de la pretensión y las actividades comerciales en el Estado miembro de la Unión en donde se presenta la demanda; basándose en las normas domésticas sobre jurisdicción, así como en el Reglamento de Bruselas I”³⁷. Más aún, se centran en la aplicación de *lis pendens* recogida en el artículo 29 del Reglamento Bruselas, según la cual el conflicto debe resolverse a favor del tribunal que haya declarado primero su

33 POSCH, “Resolving business disputes through litigation or other alternatives: the effects of jurisdictional rules and recognition practice”, cit., 368 y ss.

34 *Ibid.*, 368.

35 Traducción libre. SILBERMAN, L., “The impact of jurisdictional rules and recognition practice on international business transactions: the U.S. Regime”, *Houston Journal of International Law*, vol. 26, n.º 2, 2004, 330.

36 POSCH, “Resolving business disputes through litigation or other alternatives: the effects of jurisdictional rules and recognition practice”, cit., 369.

37 Traducción libre. *Ibid.*, 370.

jurisdicción, siempre que se trate de las mismas partes y la misma causa involucrada en el litigio.

No es gratuito entonces que la forma en que los Estados Unidos se aproximan a la problemática de los conflictos de jurisdicción tenga sus bases en un examen de razonabilidad y equidad relativo a los foros disponibles donde se puede someter la disputa. Esta práctica se conoce como *forum non conveniens*. Esta doctrina —aunque es bastante antigua³⁸— comenzó a tener incidencia en el campo del derecho internacional a partir de los años cuarenta del siglo pasado; desde entonces ha venido cobrando relevancia en los litigios cuando se plantea que existe un foro alternativo para resolver el litigio que se encuentra por fuera del país³⁹.

Ahora bien, *forum non conveniens* consiste en una doctrina jurídica en la cual un tribunal declina su jurisdicción en favor de otra jurisdicción por considerar que llevar el litigio en otro Estado es más razonable y adecuado⁴⁰. Con todo, esta operación solo se lleva a cabo cuando se cumplen ciertos requisitos que han sido establecidos por la jurisprudencia⁴¹. No obstante, estos requisitos están lejos de ser uniformes, como lo señala Burbank:

La Corte Suprema ha dejado claro que el remedio que debe proveer el foro alternativo significa solamente que no sea “claramente inadecuado o insatisfactorio o que no provea ningún tipo de remedio”. Las cortes americanas no tienen una visión coherente ni consistente en el rol o el peso —si hay alguno— que deberían dársele en el análisis del *forum non conveniens* a la constelación de normas legales y estipulaciones que determinan si una eventual demanda tiene opciones reales —y no solamente teóricas— de acceder a la corte y a los medios de prueba requeridos para obtener su satisfacción⁴².

Por este motivo, los alcances y la previsibilidad de los resultados que puede provocar el uso de esta figura jurídica son inexactos. En efecto, las consideraciones que han tenido las cortes de los Estados Unidos y el Reino Unido difieren entre sí: “Mientras que la jurisprudencia estadounidense tradicionalmente ha tenido en

38 Para una breve historia de los orígenes es esta doctrina, véase HARTLEY, *International commercial litigation, op. cit.*, 231.

39 BURBANK, S., “Jurisdictional Conflict and Jurisdictional Equilibration: Paths to a Via Media”, *Houston Journal of International Law*, vol. 26, n.º 2, 2004, 395.

40 RODGER, B., “Forum Non Conveniens Post-Owusu”, *Journal of Private International Law*, n.º 2, 2006, 71.

41 Sobre estos requisitos puede verse el análisis de la sentencia hito *Spiliada Maritime Corporation vs. Cansulex* de 1986, en MOHAN, R., “New Rules on Forum Conveniens: *Spiliada Maritime Corporation vs. Cansulex Limited*”, *Malaya Law Review*, vol. 29, n.º 1, 1987, 104-110.

42 BURBANK, “Jurisdictional Conflict and Jurisdictional Equilibration: Paths to a Via Media”, *cit.*, 397.

cuenta tanto los intereses privados como los públicos para la aplicación del *forum non conveniens*, la jurisprudencia británica ha defendido de manera constante la toma en consideración solo de los intereses privados para declinar o no el conocimiento del asunto”⁴³.

Por ejemplo, en el caso *Haji Loannou vs. Frangos* una corte inglesa determinó que cuando una persona era demandada en su domicilio, no podía intentarse la aplicación el *forum non conveniens*⁴⁴. Por su parte, en el caso *Faat vs. Honeywell Int'l* las cortes estadounidenses utilizaron un razonamiento de intereses mixtos para decidir declinar su jurisdicción, a pesar de que el demandado tenía efectivamente su domicilio en los Estados Unidos. En este caso, si bien el demandado era una empresa estadounidense, el objeto de la disputa había ocurrido en Alemania. Para el tribunal de los Estados Unidos era claro que la dispersión de pruebas por fuera de los Estados Unidos implicaba un argumento fuerte para los intereses privados de las partes relacionado con la recolección de evidencias; sin embargo, también tuvo como consideración definitiva que el derecho aplicable al caso sería extranjero y no tenía sentido congestionar las cortes estadounidenses con un proceso que podía ser llevado en el extranjero y en el que el derecho aplicable tampoco sería el estadounidense⁴⁵. Precisamente en el caso *Spanair* el tribunal norteamericano sencillamente llegó a la conclusión de que el interés local en tramitar dicho litigio en las cortes de los Estados Unidos era inferior al interés extranjero⁴⁶.

Esta revisión del caso a caso ha llevado a que la motivación de las decisiones sobre la jurisdicción internacional en las cortes estadounidenses —como se ha anticipado anteriormente— se fundamenta en un examen de razonabilidad y equidad respecto del resultado que se espera obtener⁴⁷.

Por otro lado, las normas europeas suelen ser mucho más restrictivas en las condiciones que se deben cumplir para aceptar la jurisdicción de un caso determinado⁴⁸. Tanto es así que el Reglamento Bruselas —como norma de derecho comunitario— tiene disposiciones que pretenden proteger a las partes débiles en el litigio conservando las normas jurisdiccionales que les sean más favorables a sus intereses⁴⁹.

43 HERRANZ, M., “Conflicto de jurisdicciones y declinación de la competencia: los asuntos *Honeywell y Spanair*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n.º 2, 2013, 598.

44 RODGER, “*Forum Non Conveniens Post-Owusu*”, cit., 77.

45 HERRANZ, “Conflicto de jurisdicciones y declinación de la competencia: los asuntos *Honeywell y Spanair*”, cit., 598-602.

46 GÓMEZ de SEGURA, C., “*Forum Non Conveniens Revisited: The Spanair Case*”, *Cuadernos Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º 2, 2011, 279

47 POSCH, “Resolving business disputes through litigation or other alternatives: the effects of jurisdictional rules and recognition practice”, cit., 375.

48 *Ibid.*, 371.

49 *Ibid.*, 372.

También han sido recurrentes las constantes tensiones que surgen dentro de la Unión Europea entre la aplicación del *forum non conveniens* y la del Reglamento Bruselas⁵⁰. Al respecto, en el importante caso de *Owusu vs. Jackson* la Corte Europea de Justicia sentenció que la doctrina del *forum non conveniens* era inconsistente con la Convención de Bruselas⁵¹. A esta misma conclusión ha llegado Hartley al sostener que el fundamento del *civil law* radica en la doctrina de *lis pendens*⁵². Para llegar a esta conclusión la Corte Europea se apoyó en tres argumentos, a saber: primero, la convención no incluía la posibilidad de aplicar el *forum non conveniens*; en segundo lugar, la aplicación de esta figura va en detrimento de la seguridad y certeza jurídicas; finalmente, esta doctrina solamente es reconocida por un número limitado de países, lo cual va en deterioro de la uniformidad que busca la normativa europea⁵³.

La figura de la *lis pendens* tiene reglas preestablecidas para entrar siquiera a considerar la aplicación de ella. La litispendencia se concentra en ordenar el rechazo de la jurisdicción en favor del tribunal que primero haya declarado tener jurisdicción sobre el caso. La razón aquí es meramente temporal. Siempre que se traten de los mismos hechos entre las mismas partes, el conflicto se resuelve otorgándole primacía a la jurisdicción que primero conoció del caso; “habiendo en proceso un litigio, no puede ni debe de haber otro sobre el mismo asunto”⁵⁴.

Ahora bien, se tiene como ventaja que las normas y reglas para aceptar o no jurisdicción no están relacionadas con elementos o factores internacionales ajenos. En otras palabras, cada tribunal se apoya en una normativa preestablecida para definir si tiene o no jurisdicción sobre determinado asunto. No obstante, puede rechazar su jurisdicción, no por carecer de ella *per se*, sino porque otro tribunal ha declarado tener jurisdicción primero en el tiempo. Es un hecho que esta aproximación a la resolución del conflicto otorga previsibilidad en las decisiones que tomarían los tribunales; hay certeza y seguridad jurídica para los involucrados. No obstante, la certeza y la seguridad jurídica que brinda esta doctrina limita bastante el margen de maniobra ante casos complejos.

En el caso *Erich Gasser GmbH c. MISA T Srl* el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tuvo que lidiar justamente con un caso complejo en el cual se utilizaba la figura de *lis pendens* con la finalidad de entorpecer acciones legales en otro Estado

50 Esta tensión permanecerá al menos hasta que se formalice el Brexit. Sobre una introducción a las mencionadas tensiones, véase: KENNETT, W., “Forum Non Conveniens in Europe”, *Cambridge Law Journal*, vol. 54, 1995, 555 y ss.

51 CUNIBERTI, G., “Forum Non Conveniens and the Brussels Convention”, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 54, 2005, 973.

52 HARTLEY, *International commercial litigation*, op. cit., 261.

53 CUNIBERTI, “Forum Non Conveniens and the Brussels Convention”, cit., 974.

54 BECK, D., “El *forum non conveniens* y el *lis alibi pendens*: apuntes para una comparación sistémica y sistemática en administración de justicia”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vols. XIV-XV, 2015, 346.

en virtud de una cláusula de selección de foro. Así pues, si bien contractualmente se había acordado que las cortes de Austria conocerían de la disputa, el demandado interpuso primero una demanda en Italia. El tribunal europeo se limitó a sostener que el Reglamento de Bruselas establecía que, independientemente de la prórroga de la jurisdicción en favor de otro Estado por intermedio de una cláusula de selección de foro, la Corte austriaca debía esperar a que se declarara la falta de jurisdicción en la corte nacional italiana⁵⁵.

En conclusión, los conflictos internacionales de jurisdicción tienen diferentes maneras de ser abordados, y depende principalmente de la tradición jurídica en que se esté inmerso. En específico, los conflictos que se derivan de relaciones de derecho privado cuentan con criterios muy diferenciados entre el *common law* y el *civil law*, puesto que su resolución en el primer caso se sustenta en la aplicación del *forum non conveniens*, esto es, suspender el procedimiento por considerar que existe un foro más conveniente y adecuado para conducir el procedimiento, mientras que en la otra arista se sitúa el uso del *lis pendens*, es decir, la suspensión del procedimiento por una demanda interpuesta anteriormente ante el tribunal de otro Estado⁵⁶.

III. Formas de resolver un conflicto internacional de jurisdicción en el *common law* y en el *civil law* en torno a asuntos que involucran intereses públicos

Surge sin embargo otra cuestión para tener en cuenta. ¿Qué sucede cuando no se trata de asuntos meramente privados, sino que involucran intereses estatales? En efecto, en algunos casos puede existir un interés soberano para que un país decida ejercer jurisdicción sobre un asunto determinado. En otras palabras, si bien un caso puede referirse en el fondo a los intereses privados de las partes sumidas en el litigio, también puede ocurrir que las cuestiones involucren intereses públicos de un Estado. Buxbaum ha dedicado numerosos trabajos a estudiar la manera en que los Estados intentan imponer y hacer prevalecer su jurisdicción sobre otros Estados en determinadas materias que involucran la aplicación de políticas estatales y ejercicio de la actividad regulatoria. Insiste la autora en señalar que los tribunales no solo se enfrentan al analizar su jurisdicción sobre negocios transnacionales, sino que incluso se ven abocados a analizar y determinar su jurisdicción sobre conductas que no ocurren en ninguna parte en concreto:

Los reguladores y las cortes deben enfrentarse no solamente a transacciones transnacionales, o con acciones de empresas multinacionales, sino que también contra

55 Case 116/02 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/txt/?qid=1556734246441&uri=celex:62002CJ0116>.

56 BECK, “El *forum non conveniens* y el *lis alibi pendens*”, cit., 347.

eventos que no ocurren en ninguna parte (cibespacio) o en todas partes (mercados globales interconectados). El resultado de las sobreposiciones de las regulaciones transnacionales han llevado a los académicos a trabajar en una variedad sustancial de áreas para proponer métodos alternativos con el objetivo de regular el comercio internacional que no tiene contactos territoriales como fundamento de la jurisdicción⁵⁷.

Este interés puede verse reflejado con mayor claridad cuando se está en presencia de conductas o actividades que si bien no ocurren dentro del territorio de un país, pueden afectar de manera directa su mercado, su orden público, la persecución de crímenes o la estabilidad de las empresas y la confianza inversionista.

Uno de los mejores ejemplos que se puede hallar sobre estas cuestiones regulatorias se evidencia en la preocupación estatal por garantizar la estabilidad y competitividad de sus mercados mediante herramientas derivadas del derecho de la competencia. En muchos casos las acciones de los cárteles o monopolios pueden ocurrir en diferentes jurisdicciones y tener efectos en variados Estados. Este escenario plantea necesariamente la pregunta: ¿cuál es la jurisdicción apropiada para juzgar este tipo de actos? Sobre el particular, es importante indagar qué sucede en cada una de las tradiciones jurídicas ya expuestas en el ítem anterior.

A. El *common law* y la doctrina de los efectos

Sobre el particular los Estados Unidos han tenido una amplia experiencia en abordar esta problemática. Aunque inicialmente era claro que los Estados no podían juzgar conductas que ocurrieran fuera de sus fronteras, en 1945 se adoptó un cambio importante en esta línea jurisprudencial. A partir de un pronunciamiento del juez Hand se inició la doctrina según la cual “cualquier Estado puede imponer responsabilidades, incluso sobre personas que no son sus nacionales, por una conducta que ha ocurrido fuera de su territorio pero que ha tenido sus consecuencias dentro de las fronteras que el Estado conserva; y estas responsabilidades serán reconocidas ordinariamente por cualquier otro Estado”⁵⁸.

De este modo, no solo las acciones que ocurrieron dentro de las fronteras de los Estados Unidos pueden ser sujetas a las normas regulatorias de este Estado, sino que todas las conductas que hayan tenido repercusión o sus efectos en los Estados Unidos —aunque se hayan cometido en el exterior— también están sujetas a su

57 Traducción libre. BUXBAUM, “Territory, Territoriality, and the Resolution of Jurisdictional Conflict”, cit., 632

58 Traducción libre. *Ibid.*, 638.

regulación⁵⁹. Lo anterior se ha reconocido por diferentes Estados en todo el mundo. Esta técnica ha recibido el nombre de “doctrina de los efectos”⁶⁰, y aboga por defender la extraterritorialidad de la ley cuando los efectos de una conducta ocurren en un Estado extranjero.

Ahora bien, esta doctrina ha sido también adoptada dentro de la Unión Europea. Si bien la normativa comunitaria no la considera expresamente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Béguelin Import Co. vs. SAGL Import Export* determinó lo siguiente: “El hecho de que una de las empresas que participan en un acuerdo se encuentre establecida en un país tercero no constituye obstáculo alguno para la aplicación del artículo 85 del Tratado CEE, dado que el acuerdo produce sus efectos en el territorio del mercado común”⁶¹.

Entonces es claro que en el mundo globalizado el derecho regulatorio de los Estados propende a mantener su capacidad para juzgar ciertas conductas cuando estas terminan por generar efectos en un Estado, aun cuando no hayan ocurrido dentro de sus fronteras. La extraterritorialidad de este tipo de regulaciones cobra especial importancia puesto que se convierte en una fuente de conflictos de jurisdicción, toda vez que una misma conducta puede tener sus consecuencias en jurisdicciones diferentes y ser juzgada de manera simultánea en cada una de ellas.

Esta posición según la cual los Estados adoptan su propio derecho como un referente de aplicación del derecho internacional ha sido denominado *Exceptionalism in International Law*. Lo anterior significa que las políticas internas de los Estados se ven reflejadas en la manera en que aplican el derecho internacional dentro de sus jurisdicciones, o incluso la manera en que se aproximan a problemáticas que ocurren en el extranjero pero que por interés nacional deciden intervenir en su juzgamiento⁶². Las consecuencias de estas prácticas no pueden ser otras que el solapamiento de intervenciones estatales provenientes de diversas jurisdicciones que generan resultados —en muchas ocasiones— contradictorios.

Un claro ejemplo de este tipo de intervenciones radica en el uso de la jurisdicción universal. Esta figura consiste en el poder que tiene un órgano de juzgar un

59 Sobre un desarrollo histórico de las normas *antitrust* en los Estados Unidos, véase: SHELANSKI, H., “Justice Breyer, Professor Kahn, and Antitrust Enforcement in Regulated Industries”, *California Law Review*, vol. 100, n.º 2, 2012, 487-517.

60 GARCÍA-CASTRILLÓN, C., “El alcance extraterritorial de la competencia y su utilización como medida comercial”. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 212, 2001, 34-56.

61 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de noviembre de 1971, Asunto 22/71, *Beguelin Import Co. vs. SAGL Import Export*, Niza. No obstante, la jurisprudencia de la Unión Europea ha sido más constante en usar la “doctrina de la unidad de grupo empresarial”, según la cual la territorialidad de la ley es suficiente para justificar la regulación de la competencia del derecho europeo, puesto que “la empresa a la que se le imputa una conducta anticompetitiva ejecuta esta a través de una filial o sucursal en territorio europeo”. CALVO, A., *et al.*, *Derecho antitrust europeo*, Majadahonda-Madrid, Colex, 2009, 310.

62 El fundamento de esta mirada puede ser contrastada en BRADFORD, A. y POSNER, E., “Universal Exceptionalism in International Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 52, n.º 1, 2011, 3-53.

asunto cuyo objeto es considerado “mundial” y recae sobre el campo de dominio del interés nacional de uno o varios Estados⁶³. Es importante aclarar que este ejercicio jurisdiccional no reposa en ninguno de los elementos básicos de la jurisdicción tales como la territorialidad de las conductas o la nacionalidad de los involucrados; ni siquiera se trata de una forma de atribuir un poder jurisdiccional a la universalidad de Estados u organismos para resolver ciertos temas. Antes bien, es una doctrina que justifica el ejercicio jurisdiccional de un Estado aunque este no tuviera —en principio— jurisdicción alguna sobre la controversia. El profesor Bucher es insistente en señalar que la doctrina de la jurisdicción universal termina siendo excepcional puesto que “el derecho internacional se manifiesta en una cierta obligación negativa de los Estados a no ejercer su jurisdicción de modo que signifique un perjuicio a la relación con otros Estados”⁶⁴.

De cualquier modo, son varios los Estados donde se establecen algunas normas que les permiten a sus tribunales intervenir en el juzgamiento de conductas sobre las cuales no tienen —*prima facie*— una jurisdicción determinada. Por ejemplo, el Alien Tort Statute en los Estados Unidos faculta a los jueces federales para juzgar cualquier acción civil interpuesta por un extranjero, siempre que esta se fundamente en la reparación derivada de un delito cometido en violación del derecho de las naciones o de un tratado del cual los Estados Unidos es parte.

Sin embargo, el desarrollo jurisprudencial en las cortes estadounidenses ha concluido que la aplicación de esta ley está limitada siempre por la territorialidad de ella. En efecto, en el caso *Kiobel vs. Royal Dutch Petroleum Co.*, la Corte Suprema de los Estados Unidos determinó que en dicho caso todas las conductas relevantes habían ocurrido por fuera de los Estados Unidos, y también todas las consecuencias de ellas. Por este motivo sencillamente no puede pretenderse que este Estado tenga jurisdicción sobre este tipo de hechos:

Más aún, aceptar el punto de vista de los peticionarios significaría que otras naciones, también aplicando el derecho de las naciones, pudieran llevar a nuestros ciudadanos ante sus propias cortes por acusaciones de violación al derecho de las naciones por hechos que hayan ocurrido en los Estados Unidos, o en cualquier otro sitio en el mundo. La presunción en contra de la extraterritorialidad de la norma previene a nuestras cortes de activar algunas consecuencias muy serias respecto de política exterior, y en cambio deja este tipo de decisiones —apropiadamente— a las ramas del poder público⁶⁵.

63 BUCHER, A., “La compétence universelle civile”, en *Recueil des cours 2014*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2015, 101.

64 Traducción libre. *Ibid.*, 103.

65 Traducción libre. *Kiobel vs. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U. S. (2013).

Lo propio ocurrió en el caso *Cardona et al. vs. Chiquita Brands Internacional, Inc.*, en el que la corte federal consideró que ninguno de los alegatos presentados por los demandantes tenía algún tipo de conexión con los Estados Unidos y por tanto sencillamente se debía recurrir a otro foro:

Otra vez reiteramos que el ATS no aplica extraterritorialmente. La tortura, si las acusaciones fueran válidas, ocurrieron fuera de la jurisdicción territorial de los Estados Unidos. Como hemos enfatizado anteriormente, para extender la posibilidad de una excepción a la presunción en contra de extraterritorialidad de la norma, la corte de Kiobel dejó muy claro que dicha excepción podría ocurrir solamente “en donde las pretensiones involucren e importen [...] a los Estados Unidos [...] con suficiente fuerza para desplazar la presunción en contra de la aplicación extraterritorial de la ley”. No hay ningún argumento que implique la ocurrencia de la tortura en el territorio de los Estados Unidos, o que cualquier otro acto constitutivo de responsabilidad en los términos del ATS involucró el territorio de los Estados Unidos⁶⁶.

Estas consideraciones son de vital importancia para entender el fundamento que utilizan las cortes estadounidenses para intervenir jurisdiccionalmente en asuntos que no ocurrieron dentro de Estados Unidos. Por consiguiente, no existe un interés por involucrarse extraterritorialmente en los litigios, salvo que haya un interés nacional por ello, el cual por lo general radica en los efectos o consecuencias que pueden llegar a tener ciertas conductas dentro de los límites de sus fronteras. Por consiguiente, los tribunales estadounidenses son bastantes reacios a aceptar la jurisdicción universal⁶⁷. Tanto así que en el caso *Sexual Minorities Uganda vs. Lively* en 2013, la única razón que utilizó la Corte del Distrito de Massachusetts para aceptar jurisdicción sobre la materia radicó en que la planeación de las conductas ocurrió en territorio de los Estados Unidos, sin que importara que su ejecutoria y consecuencias ocurrieran en suelo extranjero⁶⁸.

No obstante, la posición de las cortes estadounidenses cambia respecto de la jurisdicción universal cuando se trata de conductas que involucran tortura o terrorismo. En el primer caso los nacionales de los Estados Unidos podrán demandar la reparación civil de los daños que hayan sufrido por actos de tortura cometidos por un individuo que haya estado investido de autoridad por un Estado extranjero. Así entonces, una vez agotadas los recursos que establece el Estado extranjero, se puede acudir a los tribunales federales para que decidan sobre el derecho que tiene la víctima a obtener una reparación. En el

66 Traducción libre. *Cardona et al. vs. Chiquita Brands Internacional, Inc.*, 2014 US Court of Appeals 11th Circuit, n.º 12-14898.

67 BUCHER, “La compétence universelle civile”, cit., 30.

68 *Ibid.*, 29.

segundo caso, los nacionales estadounidenses pueden buscar la indemnización de los perjuicios que hayan sufrido con ocasión de un acto de terrorismo internacional⁶⁹. Es importante notar que en ambos casos no se presenta la exigencia de que el demandado sea un nacional estadounidense o se encuentre dentro de su territorio ni que la planeación o la comisión de los actos haya ocurrido en suelo de los Estados Unidos.

Ahora bien, los escenarios anteriores no abarcan la persecución penal⁷⁰. Aunque los Estados Unidos fueron pioneros en invocar la jurisdicción universal para perseguir los delitos relacionados con la piratería en mar abierto, no existe una regulación que explícitamente permita invocar esta doctrina para la judicialización criminal. Sin embargo, como lo señala Bradley, existen diversas regulaciones federales con claros indicios de jurisdicción universal que permiten juzgar a individuos de otros Estados que han cometido crímenes de guerra, terrorismo o violaciones de derechos humanos siempre y cuando dichas personas se encuentren dentro del territorio estadounidense⁷¹. Por último, es importante señalar que los Estados Unidos no permiten que mediante tratados se cree algún tipo de responsabilidad penal en su territorio; por tanto, salvo que la regulación local indique que puede perseguirse algún tipo de crimen, las cortes no invocarán su jurisdicción universal⁷².

B. El *civil law* y la unidad de propósito

Por su parte, la práctica jurídica en las naciones europeas respecto de la jurisdicción universal también es diversa. En general en la Unión Europea tampoco son completamente abiertos a considerar y juzgar hechos fundamentados únicamente en la doctrina de la jurisdicción universal. Si bien el arresto de Pinochet en el Reino Unido en 1998 fue un hecho histórico, la existencia de estos casos es más bien escasa⁷³.

Prueba de lo anterior se puede observar en el caso conocido como *The butare Four* en 2001, en el cual cuatro individuos fueron acusados y juzgados en Bélgica por crímenes cometidos en la guerra de Ruanda. En este caso, los demandados

69 *Ibid.*, 33.

70 Esta cuestión es relevante para el mundo jurídico colombiano. En efecto, la entrada en vigencia de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) — y con la apertura del caso de Santrich — se abre la discusión sobre la posibilidad jurisdiccional que tendría un Estado extranjero para perseguir penalmente a los guerrilleros que se acogieron a la justicia transicional en lo que hace a los delitos cometidos en el marco del conflicto y posterior a él.

71 BRADLEY, C., “Universal Jurisdiction and US Law”, *The University of Chicago Legal Forum*, 2001, 329.

72 *Ibid.*, 330.

73 BUCHER, “La compétence universelle civile”, cit., 34

residían en Bélgica y no objetaron la jurisdicción de los tribunales belgas⁷⁴. Los tribunales belgas en los primeros años del siglo XXI tuvieron un movimiento jurisprudencial fuerte, puesto que en el año 2000 también expedieron una orden de arresto internacional con fundamento en la jurisdicción universal contra el ministro de Relaciones Internacionales de la República Democrática del Congo, el cual no se encontraba en territorio belga⁷⁵. Esta nación interpuso un procedimiento ante la Corte Internacional de Justicia en el cual pretendía probar la invalidez de dicha orden de arresto por tratarse de un individuo protegido por la inmunidad. La Corte Internacional de Justicia le dio la razón a la República Democrática del Congo⁷⁶.

De cualquier modo, los tribunales belgas continuaron siendo foco de atención internacional cuando se dispusieron a juzgar al primer ministro israelí Ariel Sharon por masacres ocurridas en 1982. Finalmente, la Corte de Apelaciones invalidó dicha investigación y concluyó que era necesario reducir el campo de acción de la jurisdicción universal al afirmar que un requisito fundamental para su aplicación radicaba en que los acusados se encontraran en territorio nacional⁷⁷. Empero, en 2003 la Corte Suprema de Bélgica reversó la anterior decisión y determinó que la jurisdicción universal permitía juzgar individuos aunque no se encontraran en territorio nacional⁷⁸.

Esta situación generó un efecto dominó en otras naciones europeas; mientras en Bélgica se instauraba un proceso contra un general estadounidense por crímenes de guerra en Iraq, en Alemania ocurría lo propio y se instauraba un procedimiento contra militares estadounidenses por tortura durante esa misma guerra⁷⁹. Finalmente, la Corte Suprema de Bélgica redujo los alcances de la jurisdicción universal en una sentencia de 2003 en la que indicó:

La jurisdicción universal está autorizada en caso de ofensas criminales que —por obligación derivada de un tratado— Bélgica debería investigar, tales como la Convención Contra la Tortura. En los casos en que el implicado no esté presente en Bélgica, el artículo 7 estipula que habrá discrecionalidad para desechar el asunto siempre que no sea del interés de la justicia continuar su juzgamiento⁸⁰.

74 KALECK, W., "From Pinochet to Rumsfeld: Universal Jurisdiction in Europe 1998-2008", *Michigan Journal of International Law*, vol. 30, 2009, 933.

75 RABINOVITCH, R., "Universal Jurisdiction in Absentia", *Fordham International Law Journal*, vol. 28, n.º 2 2005, 502.

76 *Ibid.*, 503.

77 KALECK, "From Pinochet to Rumsfeld: Universal Jurisdiction in Europe 1998-2008", cit., 933.

78 *Ibid.*, 934.

79 GALLAGHER, K., "Universal Jurisdiction in Practice: Efforts to Hold Donald Rumsfeld and Other High Level United States Officials Accountable for Torture", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, 2009, 1101.

80 KALECK, "From Pinochet to Rumsfeld: Universal Jurisdiction in Europe 1998-2008", cit., 934.

A una conclusión similar llegó la Oberlandesgerich de Stuttgart en 2005 en Alemania, amparada en las consideraciones del fiscal según el cual los Estados Unidos tenían “acceso ilimitado a estas personas y que estaban a disposición de la jurisdicción americana tal y como si estuvieran residiendo en los Estados Unidos, y en consecuencia no hay lugar a activar la jurisdicción de las autoridades penales en Alemania”⁸¹.

De todas maneras, las naciones europeas continúan siendo más o menos activas en la investigación y juzgamiento de conductas bajo la figura de la jurisdicción universal. En Francia existe una obligación por ejercer jurisdicción universal cuando se trate de asuntos que involucran tortura⁸². En Alemania sucede lo propio cuando se trata de crímenes contra la humanidad y genocidio⁸³. El Reino de los Países Bajos tiene una conducta similar y ha sido abierto a juzgar y condenar a individuos aunque estos se encuentren en naciones extranjeras y fuera de su jurisdicción⁸⁴.

Ahora bien, como se vio con anterioridad, los Estados suelen recurrir a la Corte Internacional de Justicia con el objetivo de limitar los procedimientos fundamentados en jurisdicción internacional en un Estado extranjero. Otro ejemplo de ello es el caso que se fundamenta en la intervención de un Estado apoyado en la jurisdicción universal en el juzgamiento de ciertas conductas que fue presentado ante la Corte Internacional de Justicia por la República Democrática del Congo contra Francia en 2002. Aunque dicho caso fue archivado a petición del Congo en 2010, la demanda original sostuvo que Francia había violado el derecho internacional:

Al atribuirse la jurisdicción universal en asuntos penales y arrogarse el poder de investigarlos y conectarlos con su propio poder para el mantenimiento del orden público en su país [...] principio según el cual un Estado no puede, en perjuicio de la igualdad de soberanía de los Estados de la ONU [...] ejercer su autoridad en territorio de otro Estado⁸⁵.

En todo caso, la resolución de los conflictos internacionales de jurisdicción cuando se trata de asuntos que involucran intereses estatales suele regirse de manera muy aleatoria, puesto que cada Estado posee una normativa nacional que aplica a cada uno de los casos presentados, y se deja mucha discrecionalidad a los tribunales para determinar el interés nacional de someter estas materias a su jurisdicción. Más aún,

81 Traducción libre. GALLAGHER, “Universal Jurisdiction in Practice...”, cit., 1101.

82 KALECK, “From Pinochet to Rumsfeld: Universal Jurisdiction in Europe 1998-2008”, cit., 936.

83 *Ibid.*, 951.

84 *Ibid.*, 943.

85 Traducción libre. Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France), mesure conservatoire, ordonnance du 17 juin 2003, *CIJ Recueil* 2003, 102.

aunque parece claro que las cortes ejercerán su jurisdicción cuando los efectos de una conducta lleguen a tener sus consecuencias en territorio nacional, no siempre existirá un interés político por continuar estas pesquisas, o incluso podrían derivar en conflictos diplomáticos o jurídicos entre los Estados y traducirse en litigios ante la Corte Internacional de Justicia.

Conclusiones

De acuerdo con todos los elementos analizados, puede sostenerse que la jurisdicción internacional es hoy un tema de actualidad más que antes que no solo se genera cuando de la ejecución de sentencias extranjeras se trata, sino que de ella se habla también en el caso del arbitraje internacional y del juzgamiento internacional. Producto de su ejercicio, se pueden generar conflictos entre diversos Estados, caso en el cual es necesario buscar una solución al respecto.

Cuando se discute la jurisdicción de un asunto de interés privado, entra a analizarse a partir de la autonomía de la voluntad de las partes involucradas en el conflicto y la normativa aplicable, lo cual varía dependiendo de que se trate del *common law o del civil law*. En los Estados Unidos, por ejemplo, la determinación de la jurisdicción en un conflicto específico se resuelve con fundamento en lo acogido por las partes, mirando en todo caso la razonabilidad y la equidad del foro, porque atiende más a la calidad de la parte que a la conexión del caso con el foro respectivo; de ahí que se tome con frecuencia la aplicación del *forum non conveniens*. Por su parte, en la Unión Europea, si bien se toma en cuenta la intención de las partes, esta tiene limitaciones, es más restrictiva y busca protección para la parte débil; más que la calidad de la parte, puesto que se sustenta en la conexión de la demanda con el foro. Por ello es más afín a seguir la doctrina *lis pendens*.

Si por el contrario lo que se está debatiendo es un conflicto entre jurisdicciones por un asunto privado que involucra un interés público, en términos generales se asumen las políticas estatales y el interés soberano, que con apoyo en la estabilidad, la competitividad y la seguridad, asumirá sobre la base de la doctrina de los efectos, la unidad de propósito y el principio de extraterritorialidad; esto es, que el Estado asumirá el conocimiento, siempre que el caso tenga repercusión en su territorio, aunque su ocurrencia haya sido en el exterior. Con respecto a los contrastes —y a pesar de que tanto los Estados Unidos como Europa asumen esta misma teoría—, ambos tienen diferencias: Estados Unidos asume la jurisdicción universal solo si existe conexión con su Estado, es decir, es reactivo a asumirla, salvo en casos de tortura y terrorismo. Por su parte, en Europa esta jurisdicción es vista con mejores ojos y se adopta no porque se encuentra de forma expresa en la normativa comunitaria, sino porque cada Estado ha desarrollado sus propios lineamientos y reglamentos indicando que se debe tomar en cuenta el interés de la justicia en juzgar ese caso determinado.

Por consiguiente, los conflictos internacionales de jurisdicción tienen diferentes formas de ser abordados y dependerá en todo caso de la tradición jurídica que se adopte; y son los criterios señalados en este artículo los que tiene en cuenta el funcionario jurisdiccional para adoptar una decisión al respecto.

Referencias

- BECK, D., “El *forum non conveniens* y el *lis alibi pendens*: apuntes para una comparación sistémica y sistemática en administración de justicia”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vols. XIV-XV, 2015.
- BOUTIN, G., *Conflictos de jurisdicción en el derecho internacional privado*, Medellín, Universidad de Medellín, 2015.
- BRADFORD, A. y POSNER, E., “Universal Exceptionalism in International Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 52, n.º 1, 2011.
- BRADLEY, C., “Universal Jurisdiction and US Law”, *The University of Chicago Legal Forum*, 2001.
- BUCHER, A., “La compétence universelle civile”, en *Recueil des cours 2014*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2015.
- BURBANK, S., “Jurisdictional Conflict and Jurisdictional Equilibration: Paths to a *Via Media*”, *Houston Journal of International Law*, vol. 26, n.º 2, 2004.
- BUXBAUM, H. L., “Territory, Territoriality, and the Resolution of Jurisdictional Conflict”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 57, 2009.
- Case 116/02 (2003) TJUE [en línea], disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1556734246441&uri=CELEX:62002CJ0116>
- CALVO, A., *et al.*, *Derecho antitrust europeo*, Majadahonda-Madrid, Colex, 2009.
- Cardona et al. vs. Chiquita Brands Internacional, Inc., 2014 US Court of Appeals 11th Circuit, n.º 12-14898.
- Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France), mesure conservatoire, ordonnance du 17 juin 2003, CIJ Recueil 2003.
- CUNIBERTI, G., “Forum Non Conveniens and the Brussels Convention”, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 54, 2005.
- GALLAGHER, K., “Universal Jurisdiction in Practice: Efforts to Hold Donald Rumsfeld and Other High Level United States Officials Accountable for Torture”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, 2009.
- GARCÍA-CASTRILLÓN, C., “El alcance extraterritorial de la competencia y su utilización como medida comercial”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 212, 2001.
- GOLDSCHMIDT, W., “Jurisdicción Internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, n.º 5, 1952.
- GÓMEZ DE SEGURA, C., “Forum Non Conveniens Revisited: The Spanair Case”, *Cuadernos Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º 2, 2011.

- HARTLEY, T., *International commercial litigation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- HERRANZ, M., “Conflicto de jurisdicciones y declinación de la competencia: los asuntos Hone-
ywell y Spanair”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n.º 2, 2013.
- KALECK, W., “From Pinochet to Rumsfeld: Universal Jurisdiction in Europe 1998-2008”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 30, 2009.
- KENNETT, W., “Forum Non Conveniens in Europe”, *Cambridge Law Journal*, vol. 54, 1995.
- Kiobel vs. Royal Dutch Petroleum Co., 569 U. S. (2013)
- KUIPERS, J. J., *EU law and private international law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012.
- LÓPEZ, N., “Los acuerdos internacionales de inversión y el tratamiento de la inversión en el
acuerdo comercial con la UE: perspectiva colombiana”, en *Acuerdo comercial entre Co-
lombia, Perú y la Unión Europea*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2015.
- MANN, F., “The Doctrine of Jurisdiction in International Law”, *Collected Courses of the Ha-
gue Academy of International Law*, vol. 111, Leiden, 1964.
- MARÍN, J. M., “La competencia judicial en Colombia, una mirada desde el derecho interna-
cional privado”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º
9, 2016.
- MARÍN, J. M., “Los contratos internacionales en el marco regulatorio colombiano”, en PRIETO,
R., *El derecho internacional privado y sus desafíos en la actualidad*, Bogotá, Grupo
Editorial Ibáñez, 2016.
- MOHAN, R., “New Rules on Forum Conveniens: Spiliada Maritime Corporation vs. Cansulex
Limited”, *Malaya Law Review*, vol. 29, n.º 1, 1987.
- PABÓN, L., y MAZUERA, A., “La protección de las partes estructuralmente débiles en el arbitraje
internacional”, en PABÓN, L., *Derecho procesal contemporáneo: perspectivas y desafíos*,
Medellín, Universidad de Medellín, 2017.
- POSCH, W., “Resolving business disputes through litigation or other alternatives: the effects
of jurisdictional rules and recognition practice”, *Houston Journal of International Law*,
vol. 26, n.º 2, 2004.
- RABINOVITCH, R., “Universal Jurisdiction in Absentia”, *Fordham International Law Journal*,
vol. 28, n.º 2, 2005.
- Regulation (EU) n.º 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 Decem-
ber 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and
commercial matters.
- RODGER, B., “Forum Non Conveniens Post-Owusu”, *Journal of Private International Law*,
n.º 2, 2006.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de noviembre de 1971, Asunto
22/71, Beguelin Import Co. vs. SAGL Import Export, Niza.
- SHELANSKI, H., “Justice Breyer, Professor Kahn, and Antitrust Enforcement in Regulated In-
dustries”, *California Law Review*, vol. 100, n.º 2, 2012.

SILBERMAN, L., “The impact of jurisdictional rules and recognition practice on international business transactions: the U.S. Regime”, *Houston Journal of International Law*, vol. 26, n.º 2, 2004.

The Bremen vs. Zapata Off-Shore Co., 407 U.S. 1 (1972).

VÁSQUEZ, M, *Contratación internacional y arbitraje internacional*, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2017.

ZULETA, A, “Las cláusulas de selección de foro y selección de ley en la contratación internacional: una visión desde el derecho internacional privado colombiano”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 44, 2010.