
Las normas de derecho internacional privado: observaciones al Proyecto de Código Civil de la Universidad Nacional de Colombia^{*-***}

» MARÍA JULIA OCHOA JIMÉNEZ^{***}

RESUMEN. El presente texto presenta observaciones y comentarios sobre algunos aspectos del Proyecto de Reforma del Código Civil de Colombia, que actualmente está siendo impulsado por la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, con el apoyo del Ministerio de Justicia y del Derecho. Estas observaciones y comentarios se refieren a las normas en materia de derecho internacional privado.

PALABRAS CLAVE: Proyecto de Reforma, código civil de Colombia, derecho internacional privado.

* Fecha de recepción: 4 de noviembre de 2020. Fecha de aceptación: 19 de marzo de 2021.
Para citar el artículo: OCHOA JIMÉNEZ, M. J., “Las normas de derecho internacional privado: observaciones al Proyecto de Código Civil de la Universidad Nacional de Colombia”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 41, julio-diciembre 2021, 373-396, doi: <https://doi.org/10.18601/01234366.n41.13>.

** Este texto recoge observaciones y comentarios enviados durante la etapa de socialización del Proyecto de Reforma del Código Civil de Colombia, a la Universidad Nacional de Colombia y al Ministerio de Justicia y del Derecho.

*** Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia; profesora e investigadora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Doctora en Derecho, Georg-August-Universität Göttingen, Göttingen, Alemania. Magister Iuris, Georg-August-Universität Göttingen, Göttingen, Alemania. Magíster Iberoamericano de Estudios Jurídicos, Universidad de Navarra, Pamplona, España. Especialista en Propiedad Intelectual, Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela. Abogada, Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela. Contacto: julia.ochoa@udea.edu.do Orcid: 0000-0002-3701-9018.

Observations and Comments on the Private International Law Rules in the Project to Reform the Civil Code of Colombia

ABSTRACT. This text contains observations and comments on some aspects of the Project to Reform the Civil Code of Colombia, which is currently being promoted by the Faculty of Law, Political and Social Sciences of the National University of Colombia, with the support of the Ministry of Justice and Law. These observations and comments refer to the rules on private international law.

KEYWORDS: Reform Project, Civil Code of Colombia, Private International Law.

SUMARIO. Introducción. I. Observaciones generales. II. Comentarios específicos. Nota final. Referencias.

Introducción

Actualmente, un Proyecto de Reforma del Código Civil de Colombia es impulsado por la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia¹ y el Ministerio de Justicia y del Derecho² (en lo sucesivo, Proyecto de Reforma). Se realiza “en el sentido de actualizarlo y, al mismo tiempo, unificarlo en su régimen de obligaciones y contratos con la legislación mercantil. Para ello, no se pretende partir de cero, sino tener como insumo de estudio y apoyo el ‘Proyecto de Código Civil’ elaborado en 1984” por José Alejandro Bonivento Fernández, Pedro Lafont Pianetta y Arturo Valencia Zea (en lo sucesivo, Proyecto de 1984). El Proyecto de Reforma incluye normas sobre derecho internacional privado principalmente en el libro I, Parte general, título I, De la aplicación de las leyes, capítulo V, Conflictos de la ley en el espacio, artículos 21 a 33^[3]. Allí se encuentran normas que se refieren a: 1. “Disposiciones generales”, 2. “Del estado civil y de la capacidad”, 3. “De los derechos reales”, 4. “De los negocios y hechos jurídicos”, 5. “Derecho de familia” y 6. “De las sucesiones”.

El presente documento, que presenta observaciones y comentarios sobre algunos elementos relevantes de dicho Proyecto de Reforma en materia de derecho internacional privado, se divide en dos partes. La primera parte contiene observaciones sobre ciertos aspectos generales del derecho internacional privado colombiano (I), incluyendo en cada una de tales observaciones cuál es la situación actual, lo que al respecto se encuentra en el Proyecto de Reforma, así como algunas recomendaciones.

1 Sitio web: <http://derecho.bogota.unal.edu.co/proyecto-de-actualizacion-del-codigo-civil/> [consultado el 25 de octubre de 2020].

2 Sitio web: <https://minjusticia.gov.co/Normatividad/Proyectos-de-Decreto-y-Agenda-Regulatoria/Proyecto-de-Código-Civil-de-Colombia> [consultado el 25 de octubre de 2020].

3 También se hará referencia al artículo 707 (sobre compraventa de mercaderías) cuando corresponda.

ciones. La segunda parte contiene comentarios específicos sobre la regulación en materia de derecho internacional privado incluida en el Proyecto de Reforma (II).

I. Observaciones generales

1. El derecho internacional privado es derecho nacional (con fuentes de origen nacional, supranacional e internacional)

El Proyecto de Reforma nos recuerda claramente que el derecho internacional privado es derecho nacional. El derecho internacional privado determina cómo se regulan las situaciones privadas relacionadas con más de un ordenamiento jurídico (dedicarse a este tipo de situaciones es lo que hace que la denominación de este campo jurídico incluya el adjetivo “internacional”), indicando a las autoridades nacionales (jueces, servidores públicos, etc.) cómo han de decidir ese tipo de situaciones cuando deban decidirlas por tener competencia para ello. Estas normas se encuentran en instrumentos normativos dictados por los órganos legislativos nacionales o en instrumentos supranacionales (que deben ser aplicados por las autoridades nacionales en relación con situaciones vinculadas con los Estados que forman parte de un proceso de integración regional). Además, una vez que el Estado firma y ratifica tratados internacionales sobre esta materia, estos pasan, de acuerdo con las particularidades jurídicas que al respecto existen en el país, a formar también parte del régimen jurídico que las autoridades nacionales (jueces, servidores públicos, etc.) deben considerar para decidir situaciones privadas relacionadas con más de un ordenamiento jurídico, específicamente cuando involucran a Estados que formen parte del tratado del que se trate.

1.1. Situación actual. Las normas de derecho internacional privado vigentes actualmente en Colombia se encuentran dispersas en diferentes instrumentos normativos. A nivel nacional, se tienen normas de derecho internacional privado en el código civil (cfr. arts. 19, 20, 21, 180, 1012, 1053, 1054, 1084-1086) y en el código de comercio (cfr. arts. 869, 1328); también las hay en normas especiales, por ejemplo, en la Ley 1676 de 2013 por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias (art. 83). Adicionalmente, son aplicables en Colombia las normas de derecho internacional privado de origen supranacional que se encuentran en decisiones de la Comunidad Andina de Naciones (*v.gr.*, en materia de transporte). Colombia también ha firmado y ratificado tratados internacionales sobre temas de derecho internacional privado. Algunos de estos tratados son modernos, pues han sido adoptados en tiempos relativamente recientes y se ocupan, desde perspectivas actuales, de temas que internacionalmente se consideran importantes hoy, por ejemplo: compraventa internacional de mercaderías⁴,

4 Véase Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Ley aprobatoria 518 de 1999).

adopción internacional⁵, sustracción internacional de menores⁶, obligaciones alimentarias⁷, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras⁸, cooperación judicial internacional⁹ o arbitraje internacional¹⁰. La mayoría de estos tratados han sido adoptados en el seno de organizaciones internacionales: Conferencia de La Haya¹¹, Instituto para la Unificación del Derecho Privado¹², Organización de Estados Americanos¹³, Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional¹⁴. Entre los tratados vigentes en Colombia se encuentran también tratados internacionales adoptados en tiempos más antiguos. Entre estos destacan los Tratados de Montevideo de 1889^[15] y algunos tratados bilaterales, como los celebrados con Ecuador¹⁶ y España¹⁷. Por referirse a aspectos fundamentales para la solución de casos de derecho internacional privado, sobresale entre todos los tratados firmados y ratificados por Colombia la Convención Interamericana sobre Normas Generales

-
- 5 Véase Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, de 1984 (Ley aprobatoria 47 de 1987).
- 6 Véase Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, de 1994 (Ley aprobatoria 470 de 1998) y Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, de 1989 (Ley aprobatoria 880 de 2004).
- 7 Véase Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, de 1989 (Ley aprobatoria 449 de 1998).
- 8 Véase Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, de 1979 (Ley aprobatoria 16 de 1981).
- 9 Véase Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, de 1975 (Ley aprobatoria 27 de 1988); Convención Interamericana sobre Pruebas e Información acerca del Derecho Extranjero, de 1979 (Ley aprobatoria 49 de 1982); Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, de 1975 (Ley aprobatoria 31 de 1987); Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Cautelares, de 1979 (Ley aprobatoria 42 de 1986).
- 10 Véase Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1975 (Ley aprobatoria 44 de 1986).
- 11 Convenio suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, de 1961 (Ley aprobatoria 455 de 1998); Convenio sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial, de 1965 (Ley aprobatoria 1073 de 2006); Convenio sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial, de 1970 (Ley aprobatoria 1282 de 2009); Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 1980 (Ley aprobatoria 173 de 1994); Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, de 1993 (Ley aprobatoria 265 de 1996).
- 12 Convenio sobre los Bienes Culturales Robados o Exportados Ilícitamente, de 1995 (Ley aprobatoria 1304 de 2009); Convenio relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil, de 2001 (Decreto 4734 de 2007).
- 13 Véanse las convenciones interamericanas, *supra*, notas 8, 9 y 10.
- 14 Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York), de 1958 (Ley aprobatoria 39 de 1990); Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 1980 (Ley aprobatoria 518 de 1999).
- 15 Tratado de Derecho Civil Internacional y Tratado de Derecho Comercial Internacional (Ley aprobatoria 33 de 1992); Tratado de Derecho Procesal Internacional (Ley aprobatoria 68 de 1920).
- 16 Tratado sobre Derecho Internacional Privado, de 1903 (Ley 13 aprobatoria 1905).
- 17 Convenio sobre Ejecución de Sentencias Civiles, de 1908 (Ley aprobatoria 6 de 1908).

del Derecho Internacional Privado, aprobada por la Ley 21 de 1981, cuya relevancia ha sido adecuadamente considerada por la Corte Constitucional¹⁸.

1.2. Proyecto de Reforma. Por un lado, es de destacar que el Proyecto de Reforma se refiere a una reforma del código civil “en el sentido de actualizarlo y, al mismo tiempo, unificarlo en su régimen de obligaciones y contratos con la legislación mercantil”¹⁹. En cuanto al derecho internacional privado, la unificación con la legislación mercantil impactaría especialmente los actuales artículos 869 y 1328 c. de co. Por otro lado, se pueden identificar al menos dos puntos en los cuales se toman en cuenta desarrollos internacionales, los cuales han tenido lugar *fuera* del ámbito específico del derecho internacional privado: derechos fundamentales, lo cual abarca derechos humanos conforme al bloque de constitucionalidad (cfr. art. 21, segundo párrafo, que se refiere a los derechos fundamentales como límite a los efectos de las leyes extranjeras en Colombia; cfr. apartado II. 1.1, *infra*), y propiedad intelectual (cfr. art. 25; cfr. apartado II. 3.1, *infra*).

1.3. Recomendación. Tomando en cuenta lo dicho anteriormente, si bien el derecho internacional privado es derecho nacional, la revisión y eventual reforma del derecho internacional privado colombiano debe realizarse teniendo en cuenta no solo las normas nacionales, sino también desarrollos internacionales que han tenido lugar *dentro* del ámbito específico del derecho internacional privado. Con esto se alude, particularmente, a los tratados de derecho internacional privado firmados y ratificados por Colombia. Pero podría extenderse a los que no han sido ratificados, por ejemplo, entre los adoptados en el ámbito de la Organización de Estados Americanos. En este particular, es de anotar muy brevemente el hecho de que en los tratados adoptados en el ámbito latinoamericano se refleja la amplia y rica historia del derecho internacional privado en nuestra región. Del Congreso de Lima de 1878 a las conferencias especializadas organizadas en el seno de la Organización de los Estados Americanos aproximadamente un siglo después, los Estados latinoamericanos se han preocupado por la búsqueda de soluciones comunes a los problemas derivados de los conflictos de leyes. Algunos de esos tratados, incluyendo tratados que están vigentes para Colombia, son ciertamente antiguos y no responden necesariamente a intereses y concepciones actuales. Sin embargo, no es correcto dejar tales tratados de lado sin más, únicamente sobre la base de su antigüedad y deduciéndolo de ella como evidente su obsolescencia. Es necesario observar con atención sus disposiciones. Esto podría incluso representar, eventualmente, una valiosa oportunidad para Colombia para reimpulsar el acercamiento entre los países latinoamericanos para dialogar sobre estos temas (a tal efecto sería ineludible, sin embargo, atender a la observación general tratada en el apartado I. 5, *infra*).

18 Corte Constitucional, Sentencia SU-768 del 16 de octubre de 2014, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

19 Información disponible en: <http://derecho.bogota.unal.edu.co/proyecto-de-actualizacion-del-codigo-civil/>

2. El derecho internacional privado va más allá de las normas que establecen el ordenamiento jurídico aplicable a las situaciones relacionadas con varios ordenamientos jurídicos

El derecho internacional privado abarca fundamentalmente tres ámbitos: (1) determinación de la competencia de las autoridades nacionales para decidir sobre las situaciones relacionadas con varios ordenamientos jurídicos, (2) determinación del ordenamiento jurídico que dichas autoridades deben aplicar para decidir ese tipo de situaciones y (3) determinación de las circunstancias bajo las cuales es posible el reconocimiento y la ejecución de sentencias emitidas en el extranjero²⁰.

2.1. Situación actual. En cuanto al segundo punto (2), véase el apartado I. 1, *supra*. En cuanto al primer punto (1), Colombia carece de normas generales claras en torno a la competencia judicial internacional directa de sus tribunales, es decir, para conocer y decidir sobre situaciones relacionadas con más de un ordenamiento jurídico. Esto contrasta con la situación específicamente en materia de arbitraje comercial (cfr. Ley 1563 de 2012). Con el fin de salvar tal carencia, la doctrina²¹ ha propuesto hacer uso de la tesis de la extrapolación de las normas que regulan la competencia interna por el territorio (cfr. art. 28 c.g.p.) para resolver situaciones privadas relacionadas con más de un ordenamiento jurídico, mediando la adecuación pertinente en cada caso. Además, se ha recomendado hacer uso, en el marco constitucional (art. 230 de la Constitución Política de Colombia), de principios generales del derecho deducidos de normas internacionales sobre la materia²², como criterios auxiliares de la labor judicial. Se trataría, por ejemplo, del principio según el cual son competentes los tribunales del lugar del domicilio del demandado, para toda clase de acciones, o el principio de competencia de los tribunales del lugar de ubicación de los bienes, para acciones que recaen sobre derechos reales. Sin embargo, tales soluciones no son suficientes para salvar plenamente la ausencia de legislación en torno a la competencia de los tribunales colombianos para conocer y decidir sobre situaciones relacionadas con más de un ordenamiento jurídico. En cuanto al tercer punto (3), las normas que al respecto se encuentran en el código general del proceso (cfr. arts. 605 a 607) son básicamente las mismas normas del antiguo código de procedimiento civil. No ha habido, pues, una revisión de fondo reciente de las normas sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales extranjeras.

20 Véase MICHAELS, R., “Global Legal Pluralism and Conflict of Laws”, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/333285971_Global_Legal_Pluralism_and_Conflict_of_Laws [consultado el 20 de octubre de 2020]; PEARL, S., *The Foundation of Choice of Law. Choice and Equality*, Oxford University Press, 2018.

21 GUERRA HERNÁNDEZ, V. H., “Conflictos de jurisdicción y competencia en derecho internacional privado”, en GARCÍA MATAMOROS, L. y ALIURE SALAME, A. (coords.), *Teoría general del derecho internacional privado*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2016.

22 Tratado de Derecho Procesal Internacional, Montevideo (Ley aprobatoria 68 de 1920).

2.2. Proyecto de Reforma. El Proyecto de Reforma se inserta en el segundo ámbito (2), es decir, el referido a la determinación del ordenamiento jurídico que se debe aplicar para decidir situaciones relacionadas con más de un ordenamiento jurídico. Partiendo de la idea de que el código civil contiene normas de derecho común, el Proyecto de Reforma está conformado por normas generales sobre las áreas a las que se refiere (disposiciones generales, estado civil y capacidad, derechos reales, negocios y hechos jurídicos, derecho de familia y sucesiones). No se excluye, por supuesto, que pueda haber normas de derecho internacional privado en leyes especiales que eventualmente lleguen a tener una aplicación preferente (p. ej., art. 83 de la Ley de Garantías Mobiliarias, Ley 1676 de 2013). Debido a que se trata de una revisión de normas sustantivas, el Proyecto de Reforma no considera los otros dos ámbitos del derecho internacional privado: determinación de la competencia de las autoridades nacionales para decidir sobre las situaciones relacionadas con varios ordenamientos jurídicos y determinación de las circunstancias bajo las cuales es posible el reconocimiento y la ejecución de sentencias emitidas en el extranjero. No obstante, estos dos ámbitos también deberían ser revisados en Colombia.

2.3. Recomendación. El derecho internacional privado colombiano debería ser revisado tomando en cuenta todos los ámbitos que lo componen. Es de anotar que existen ordenamientos jurídicos en los que las normas generales de derecho internacional privado se encuentran en el código civil²³, o en una ley introductoria al código civil²⁴, o en un solo código que abarca las materias civil y comercial²⁵; también existe la posibilidad de adoptar una ley especial sobre derecho internacional privado. En cualquier caso, una revisión que tome en cuenta los aspectos generales del derecho internacional privado en su conjunto podría permitir realizar una regulación más sistemática y armónica, así como apreciar más claramente la naturaleza básica de este campo jurídico, en relación con las materias especiales dentro del derecho privado²⁶. A tal efecto, podría resultar útil partir de una observación acuciosa y crítica de normas existentes, como lo son, entre otras, aquellas que se encuentran en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (Ley aprobatoria 21 de 1981), así como también propuestas normativas que ya han sido realizadas en la doctrina colombiana²⁷.

23 Por ejemplo, en Perú.

24 Como ocurre en Alemania o Brasil.

25 Solución adoptada en Argentina.

26 Como recuerda Michaels, el derecho internacional privado es “*less like an ordinary discipline (like contract law) and more like a foundational subject*”. MICHAELS, R., “Global Legal Pluralism and Conflict of Laws”, cit.

27 Puede mencionarse la propuesta de legislación realizada por José Luis Marín Fuentes; véase MARÍN FUENTES, J. L., *Derecho internacional privado*, Medellín, Universidad de Medellín, 2014. Lamentablemente, el autor no la acompaña de una explicación del articulado que la compone.

3. Legislar en el campo del derecho internacional privado presupone una labor comparativa

Las normas de derecho internacional privado en sentido estricto son las normas de conflicto de leyes, que indican cuál ordenamiento jurídico es aplicable a situaciones privadas vinculadas con más de un ordenamiento jurídico. El supuesto de hecho de una norma de este tipo se refiere a una situación privada relacionada con más de un ordenamiento jurídico, mientras que su consecuencia jurídica consiste en la indicación del ordenamiento jurídico que debe aplicarse para resolver esa situación. Para hacer esto, se usa lo que generalmente se denomina “factor de conexión” (este es un término técnico del derecho internacional privado usado para identificar el elemento que se usa, en la formulación de normas de conflicto, para designar el ordenamiento jurídico aplicable al supuesto de hecho de que se trate). Por ejemplo, en una norma de derecho internacional privado que indique que las situaciones referidas a derechos reales deben ser resueltas aplicando el ordenamiento jurídico del lugar donde los bienes se encuentren ubicados, el lugar de la “ubicación” o “situación” está siendo usado como “factor de conexión”. Antes de decidir qué factor(es) de conexión se usará(n) en una norma de derecho internacional privado, se debe realizar una comparación²⁸, que consiste en observar qué se desprendería de la utilización de cada uno de los diferentes factores de conexión que podrían ser usados, según la materia de la que se trate.

3.1. Situación actual. En la exposición de motivos del Proyecto de 1984 se lee la siguiente afirmación: “En su conjunto, representan un sistema ininteligible y ‘monstruoso’ [...] ni siquiera se indica una orientación general”, haciendo referencia a las normas de derecho internacional privado del código civil (cfr. arts. 19, 20, 21, 180, 1012, 1053, 1054, 1084-1086), junto a las cuales han de verse normas que se encuentran en otros instrumentos normativos (cfr., v.gr., arts. 869 y 1328 c. de co.). Esa afirmación sigue siendo válida actualmente. Una circunstancia que, al menos en parte, puede estar en la base del carácter “ininteligible y monstruoso” del derecho internacional privado colombiano parece estar relacionada con la ausencia de una labor comparativa en el proceso legislativo del cual resultó el actual código civil. Sería necesario realizar una investigación histórica minuciosa para comprobar dicha suposición. Sin embargo, en apoyo de la suposición anotada basta con recordar aquí que en lo tocante a derecho internacional privado el código civil de Chile de 1855 fue seguido con gran fidelidad en Colombia, como lo fue, en general, en el resto de América Latina²⁹.

28 Véase REIMANN, M., “Comparative Law and Private International Law”, en REIMANN, M. y ZIMMERMANN, R. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2007.

29 SAMTLEBEN, J., “El principio de territorialidad en América Latina (1977)”, en SAMTLEBEN, J. (ed.), *Rechtspraxis und Rechtskultur in Brasilien und Lateinamerika*, Aachen, Shaker, 2010.

3.2. Proyecto de Reforma. Al igual que las normas del actual código civil señaladas, la mayor parte de las normas sobre derecho internacional privado incluidas en el Proyecto de Reforma (libro I, Parte general, título I, De la aplicación de las leyes, capítulo v, arts. 21 a 33, y el art. 707) son normas de derecho internacional privado en sentido estricto, es decir, normas de conflicto de leyes, puesto que indican cuál ordenamiento jurídico es aplicable a situaciones privadas vinculadas con más de un ordenamiento jurídico. Estas normas se refieren a: estado civil y capacidad (art. 22), derechos reales (arts. 24 y 25, cuya redacción hace difícil su consideración como norma de conflicto de leyes), negocios y hechos jurídicos (arts. 26 a 28), derecho de familia (arts. 29 a 32), sucesiones (art. 33), compraventa de mercaderías (art. 707). No es posible deducir del Proyecto de Reforma que se haya realizado una comparación como la enunciada más arriba, así como tampoco consta en el Proyecto de 1984, tomado por el Proyecto de Reforma como insumo de estudio y apoyo³⁰.

3.3. Recomendación. Es recomendable realizar una comparación previa a la formulación de cada norma de derecho internacional privado, a partir de la cual sea posible justificar la escogencia de determinado(s) factor(es) de conexión. Para ilustrar lo que implica la realización de esta tarea es posible retomar el ejemplo de situaciones referidas a derechos reales que se mencionó antes, en relación con las cuales, especialmente tratándose de bienes muebles, sería posible tomar en cuenta y comparar qué ocurriría, es decir, qué consecuencias positivas o negativas se producirían, si se usaran, de forma general o bajo ciertas circunstancias, otros factores de conexión distintos del lugar de la “ubicación” o “situación”, como el domicilio del propietario, el lugar del registro, el lugar de origen o de destino, o incluso la autonomía de las partes³¹.

4. El derecho internacional privado presupone la consideración y la posibilidad de aplicación de derecho extranjero

Las normas de derecho internacional privado en sentido estricto (normas de conflicto de leyes) indican cuál ordenamiento jurídico es el que debe ser aplicado para resolver situaciones privadas vinculadas con más de un ordenamiento jurídico (cfr. apartado I. 3, *supra*). El ordenamiento jurídico aplicable puede ser el ordenamiento jurídico nacional (que, por ser el del lugar donde se resuelve la situación, se denomina técnicamente en derecho internacional privado “*lex fori*”) o puede ser un ordenamiento jurídico extranjero. Una norma de conflicto de leyes es llamada “unilateral” cuando establece que el ordenamiento jurídico nacional (*lex fori*) es el que debe

30 Información disponible en: <http://derecho.bogota.unal.edu.co/proyecto-de-actualizacion-del-codigo-civil/>

31 Discusión planteada en OCHOA JIMÉNEZ, M. J., “Normas de derecho internacional privado en materia de bienes: la regla *lex rei sitae* en América Latina y Colombia”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 37, 2019 (véase apartado II. 3.1, *infra*).

aplicarse para resolver las situaciones que entran dentro de su supuesto de hecho. Si el factor (o los factores) de conexión de una norma de conflicto de leyes permite(n) la posibilidad de aplicar un ordenamiento jurídico extranjero, dicha norma se denomina “bilateral”. Las normas de conflicto bilaterales exigen que, si su(s) factor(es) de conexión remite(n) a una circunstancia que se produce en el extranjero, se aplique el ordenamiento jurídico extranjero del que se trate. Sin embargo, la efectiva aplicación del ordenamiento jurídico extranjero, una vez que este ha sido establecido, dependerá de la evaluación que ha de realizarse para saber si es acorde con ciertas circunstancias, entre las que destacan las siguientes: que no vaya en contra del orden público internacional del país, que no implique fraude a la ley y que no vaya en contra de normas de aplicación necesaria o imperativa (normas de policía). Si el derecho extranjero es acorde con dichas circunstancias, este deberá ser aplicado, a pesar de la resistencia que esto pueda producir entre los operadores jurídicos nacionales. Es posible tomar en cuenta también otros aspectos, como, por ejemplo, la aplicación de la ley extranjera de oficio por parte de los jueces o la consideración de derechos adquiridos en el país extranjero. Algunas leyes de derecho internacional privado contemplan incluso la existencia de las llamadas “cláusulas de escape”, que dejan un importante margen de flexibilidad para la autoridad que conoce del caso.

4.1. Situación actual. Las más sobresalientes normas de conflicto de leyes vigentes actualmente en Colombia son normas de conflicto unilaterales. Es el caso de los artículos 19 (derechos personales) y 20 (derechos reales) c.c., así como de los artículos 869 (contratos mercantiles) y 1328 (agencia comercial) c. de co. Existen también normas de conflicto bilaterales, como los artículos 21 (forma de los instrumentos públicos) y 1012 (sucesiones) c.c., y el artículo 83 de la Ley 1676 de 2013. Entre las circunstancias bajo las cuales se ha de evaluar si efectivamente es posible la aplicación del ordenamiento jurídico extranjero, solo existe en Colombia cierta claridad en relación con el orden público, que ha sido tratado copiosamente por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia al decidir sobre reconocimiento de sentencias extranjeras³², decisiones según las cuales este debe ser aplicado de manera excepcional e interpretado restrictivamente. El orden público y el fraude a la ley se encuentran en la Convención Interamericana sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado (cfr. arts. 5 y 6), que al ser un tratado internacional solo es aplicable entre los Estados que lo han firmado y ratificado. No hay en Colombia norma (de origen nacional ni internacional) sobre normas de aplicación necesaria (normas de policía). Lo mismo ocurre en relación con la calificación, que debe realizarse en cada caso para saber qué normas se aplicarán para resolverlo; tampoco hay regulación en relación con el reenvío, con lo cual, no existiendo limitación expresa, se podría llegar a la necesidad de considerar la aplicación de un ordenamiento jurídico extranjero distinto del que una norma de conflicto de leyes ordena aplicar.

32 Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de julio de 2011, exp. 11001-0203-000-2007-01956-00, M.P.: Ruth Marina Díaz Rueda.

4.2. Proyecto de Reforma. Las normas de conflicto de leyes incluidas en el Proyecto de Reforma son normas bilaterales. Esto quiere decir que contemplan la posibilidad de aplicación de ordenamientos jurídicos extranjeros. En cuanto a las circunstancias bajo las cuales se ha de evaluar si efectivamente es posible la aplicación del ordenamiento jurídico extranjero, el Proyecto de Reforma se refiere al orden público y al fraude a la ley (cfr. art. 21). No se incluye regulación alguna sobre otras circunstancias, tales como las normas de aplicación necesaria (normas de policía), el establecimiento del contenido del derecho extranjero, la calificación o el reenvío, por mencionar algunas. Puesto que las normas de conflicto que incluye el Proyecto de Reforma son normas bilaterales, se hace ineludible la consideración de la regulación de las circunstancias que acaban de ser referidas.

4.3. Recomendación. Es necesario estudiar y analizar la regulación sistemática de las circunstancias que deben considerarse para evaluar la aplicación de un ordenamiento jurídico extranjero, al resolver una situación vinculada con más de un ordenamiento jurídico. Estas circunstancias incluyen, aunque no necesariamente se limitan a, las siguientes: establecimiento del contenido y alcance del ordenamiento jurídico extranjero, calificación, orden público internacional, fraude a la ley, normas de aplicación necesaria (normas de policía), reenvío. A tal efecto, sería útil partir de una observación acuciosa y crítica de las normas que se encuentran en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (Ley 21 de 1981) referidas a algunas de las circunstancias anotadas (*v.gr.*, orden público, art. 5; fraude a la ley, art. 6; papel del juez y de las partes en la determinación del derecho extranjero, art. 2; situaciones válidamente adquiridas en el extranjero, art. 7), aunque en ella no hay referencia a otros aspectos a tener en cuenta, por ejemplo, la calificación, el reenvío³³ o las normas de policía.

5. El conocimiento y el estudio del derecho internacional privado en Colombia tienen que ser fortalecidos

El derecho internacional privado suele ser incomprendido. Pero esto no quiere decir, en absoluto, que no sea importante. El derecho internacional privado acumula siglos de experiencia en el tratamiento teórico y normativo de las maneras como los diversos ordenamientos jurídicos se relacionan entre sí³⁴, especialmente de la forma como el ordenamiento jurídico nacional de cada país se relaciona con los ordenamientos jurídicos extranjeros³⁵. Esto es así porque este campo jurídico se ocupa de las situaciones privadas relacionadas con más de un ordenamiento jurídico, planteándose la posibilidad de aplicar derecho extranjero para resolverlas (esto, que desde sus inicios

33 MAEKELT, T, *Normas generales de derecho internacional privado en América*, Caracas, ucv, 1984.

34 MUIR WATT, H., “Private International Law beyond the Schism”, *Transnational Legal Theory*, n.º 2, 2011.

35 MICHAELS, “Global Legal Pluralism”, cit.

se ha reconocido como posible en relación con los derechos personales, puede ocurrir en diversas situaciones). Lo dicho, junto con el creciente relacionamiento entre sujetos, bienes, servicios o capitales más allá de las fronteras estatales, en el marco de la globalización, justifica que se atienda a la necesidad de que el derecho internacional privado sea estudiado y comprendido. Frente a ello, conviene aclarar que, si bien el estudio del derecho público (es decir, el derecho público en el ámbito nacional) es ciertamente muy importante y fundamental, su arraigo en la soberanía estatal (lo que se manifiesta claramente, por ejemplo, en el hecho de que históricamente las normas de derecho público han sido estrictamente territoriales y, en consecuencia, su aplicación extraterritorial ha sido, por regla general, descartada) impide que desde él se puedan observar adecuadamente las situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos.

5.1. Situación actual. En el caso colombiano, la atención que actualmente requiere el derecho internacional privado ha de revestir carácter prioritario. Solamente escasas universidades incluyen la enseñanza del derecho internacional privado en sus programas de pregrado de derecho. Y, cuando se incluye, se tiende a pensar que para enseñar derecho internacional privado basta con impartir un curso sobre algún régimen especializado en boga (v.gr., contratos internacionales, compraventa internacional de mercaderías, arbitraje internacional, derecho internacional de la familia), sin ver con el detenimiento debido los fundamentos de la materia. Esto se agrava con la tendencia a privilegiar en los programas de pregrado de derecho el estudio de las materias de derecho público (se alude aquí a las materias de derecho público en el ámbito nacional) en desmedro de las de derecho privado (incluyendo el derecho internacional privado), sobre la base de la bienintencionada, aunque equivocada, creencia de que las primeras son más humanas y que el derecho internacional privado se reduce al comercio internacional o a los negocios internacionales. Por supuesto, esta situación inevitablemente ha hecho mella en el desarrollo doctrinario y jurisprudencial en el campo del derecho internacional privado en el país. De ello es producto, por ejemplo, el hecho de que Colombia haya prácticamente olvidado en las últimas décadas a sus más doctos autores en esta materia, como Alfredo Cock Arango³⁶, José Joaquín Caicedo Castilla³⁷ o Ramón Mantilla Rey³⁸. Parece haberse olvidado la habilidad que esos autores tuvieron para facilitar mediante sus escritos la comprensión de los entresijos de la materia. Y, lo que es más llamativo, se han dejado de lado los aportes que ellos pudieron hacer a la dilatada tradición latinoamericana en el campo del derecho internacional privado.

5.2. Proyecto de Reforma. No son claros los aspectos conceptuales o teóricos sobre los que se encuentra basado el Proyecto de Reforma en materia de derecho

36 Véase COCK ARANGO, A., *Tratado de derecho internacional privado*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1952.

37 Véase CAICEDO CASTILLA, J., *Derecho internacional privado*, Bogotá, Temis, 1967.

38 Véase MANTILLA REY, R., *Apuntes de derecho internacional privado*, Bogotá, Temis, 1982.

internacional privado, ni sobre la influencia que en ella pudo tener la doctrina colombiana, puesto que no cuenta con una exposición de motivos en la que dichos aspectos se puedan ver reflejados. Por su parte, la exposición de motivos del Proyecto de 1984, en el que se apoya el Proyecto de Reforma, no es suficientemente detallada en relación con la regulación sobre derecho internacional privado, de manera que sea posible observar expresamente la influencia de los desarrollos doctrinarios que hasta ese momento habían tenido lugar específicamente dentro del derecho internacional privado colombiano.

5.3. Recomendación. Por una parte, sería aconsejable tomar en cuenta el hecho de que, como se ha indicado, la consideración de la diversidad jurídica está en la base misma del derecho internacional privado. En este sentido, mecanismos y métodos desarrollados en el derecho internacional privado podrían ser útiles para responder apropiadamente a la diversidad jurídica que subyace en la diversidad cultural indígena del país³⁹ y, así, aproximarse al fin perseguido por el Proyecto de Reforma en cuanto a la “inclusión de grupos históricamente marginados”⁴⁰. Por otra parte, es recomendable que, más allá del Proyecto de Reforma y en el marco de una revisión amplia del derecho internacional privado colombiano, se tomen medidas para fortalecer el conocimiento y estudio de los fundamentos de esta materia en Colombia. Tales medidas deberían ser tomadas en dos frentes. Primero, es necesario promover el fortalecimiento del estudio de la materia en los programas de pregrado de derecho de las universidades del país, lo que trasciende la mera inclusión de cursos de derecho internacional privado general. Esto implica, además, y de manera muy especial, formar a los docentes en cuanto a los fundamentos del derecho internacional privado. Segundo, es necesario fortalecer simultáneamente el conocimiento sobre los fundamentos del derecho internacional privado entre jueces y demás operadores jurídicos. En el diseño y la implementación de medidas en ambos frentes, habrá de tenerse presente que será necesario acometer un cambio de mentalidad en cuanto a preconcepciones sobre la materia.

II. Comentarios específicos

Los que siguen a continuación son solamente algunos comentarios que se esbozan a partir de determinados rasgos que destacan en cada una de las secciones en las

39 Esta posibilidad ha sido propuesta aproximativamente en relación con la restitución de bienes culturales en OCHOA JIMÉNEZ, M. J., “Apuntes para una clasificación de casos de restitución internacional de bienes culturales y una visión desde el derecho internacional privado”, en OCHOA JIMÉNEZ, M. J. (ed.), *Colecciones y repatriación de bienes arqueológicos y etnográficos*, Medellín, Universidad de Antioquia, 2019; OCHOA JIMÉNEZ, M. J., “Conflict of Laws and the Return of Indigenous Peoples Cultural Property: A Latin American Perspective”, *International Journal of Cultural Property*, n.º 26, 2019.

40 Información disponible en: <https://minjusticia.gov.co/Normatividad/Proyectos-de-Decreto-y-Agenda-Regulatoria/Proyecto-de-Código-Civil-de-Colombia> [consultado el 21 de octubre de 2020].

que el Proyecto de Reforma incluye normas sobre derecho internacional privado: libro I, Parte general, título I, De la aplicación de las leyes, capítulo V, Conflictos de la ley en el espacio, artículos 21 a 33^[41]. Los textos de los artículos correspondientes a cada sección preceden el comentario respectivo. Estos comentarios se realizan, principalmente, con base en un cotejo de dichos artículos con la normativa actual. Ha de advertirse, entonces, que no son resultado de un análisis exhaustivo y, en cualquier caso, cada uno de ellos ha de ser leído teniendo en cuenta las observaciones generales (I), que ya fueron expuestas.

1. Disposiciones generales

Artículo 21. La ley se aplicará en todo el territorio nacional, en las naves y aeronaves matriculadas en Colombia que navegan en alta mar o que se encuentran en el espacio aéreo libre. Su observancia será obligatoria para los nacionales como para los extranjeros residentes en Colombia y personas en tránsito en el país.

Para que las leyes extranjeras produzcan efectos en Colombia, no deben ser contrarias al orden público, a las buenas costumbres, ni a los derechos fundamentales.

Nadie puede prevalerse de una situación jurídica creada en aplicación de una ley extranjera en fraude a la ley colombiana.

La sentencia proferida con base en la ley extranjera solo producirá efectos en el país si no es contraria al orden público internacional y siempre que se satisfagan las condiciones para su reconocimiento.

1.1. Comentario. El primer párrafo del artículo 21 contiene el principio de territorialidad de la ley. La variación más resaltante en relación con la norma respectiva del código civil actual (art. 18) es que no solo se refiere a nacionales y extranjeros residentes, sino que incluye también a las personas en tránsito. El principio de territorialidad es fundamental en derecho internacional privado, pues se encuentra en la base de su naturaleza nacional (cfr. apartado I. 1, *supra*), de manera que un ordenamiento jurídico extranjero será aplicable cuando las normas que hacen parte del sistema jurídico nacional (ya sean de origen nacional, supranacional o internacional) contemplan su aplicación. Más arriba (cfr. apartado I. 4, *supra*) se señaló que esto es lo que hacen las normas de conflicto bilaterales, como las que se encuentran en el Proyecto de Reforma.

El segundo párrafo del artículo 21 se refiere al orden público como límite a los efectos de las leyes extranjeras en Colombia. Como ya se anotó (cfr. apartado I. 4, *supra*), la compatibilidad del ordenamiento jurídico extranjero, que resultare aplicable en

41 También se hará referencia al artículo 707 (sobre compraventa de mercaderías) cuando corresponda.

virtud de una norma de conflicto de leyes, con el orden público internacional del país del foro es una de las circunstancias más importantes para que su aplicación en un caso concreto pueda tener lugar efectivamente. El orden público se encuentra regulado, como ya se indicó (cfr. apartado I. 4, *supra*), en el artículo 5 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado (Ley aprobatoria 21 de 1981). Por otra parte, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha aclarado el contenido y alcance del orden público cuando le ha correspondido evaluar el reconocimiento de sentencias extranjeras, en aplicación de la regulación que sobre esta materia se encuentra en el código general del proceso (art. 606). Además de aclarar que el orden público es excepcional, y por tanto su interpretación y aplicación deben ser restrictivas, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha aclarado que el orden público abarca los derechos fundamentales⁴². En este sentido, el segundo párrafo del artículo 21 viene a incorporar a la legislación nacional la indicada regulación internacional, así como el mencionado desarrollo jurisprudencial.

El tercer párrafo del artículo 21 incluye la figura del fraude a la ley. El fraude a la ley también se encuentra regulado, como ya se indicó (cfr. apartado I. 4, *supra*), en el artículo 6 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado (Ley aprobatoria 21 de 1981). En esta Convención se encuentra, además del elemento objetivo del fraude a la ley, el elemento subjetivo, es decir, la intención fraudulenta. El segundo párrafo del artículo 21 contempla el fraude a la ley de forma general, sin exigir expresamente para su configuración la presencia el elemento subjetivo.

Finalmente, llama la atención que el último párrafo del artículo 21 contiene una frase poco clara: “sentencia proferida con base en la ley extranjera”. Pareciera, en una primera lectura, que se estuviera incluyendo las sentencias proferidas por tribunales nacionales que se basen en derecho extranjero (por remisión de una norma de conflicto de leyes). Sin embargo, del resto de la norma puede deducirse que se trata de las sentencias proferidas por tribunales extranjeros. Partiendo de ello, este párrafo no hace más que referir, de manera general, lo que ya se encuentra regulado en el código general del proceso (arts. 605 a 607).

2. Estado civil y capacidad

Artículo 22. La existencia y el estado civil de las personas físicas se rigen por la ley del domicilio.

La misma ley regula la constitución y existencia de las personas jurídicas de derecho privado.

La capacidad de obrar se rige por la ley del lugar donde se ejercita.

42 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de julio de 2011, exp. 11001-0203-000-2007-01956-00, M.P.: Ruth Marina Díaz Rueda.

2.1. Comentario. Al incorporar el domicilio como factor de conexión, la primera oración del artículo 22 incluye un cambio importante respecto de la normativa actual. Actualmente, el artículo 19 c.c. contiene una norma unilateral que dispone que el estado y capacidad civil de los nacionales colombianos se regula por el ordenamiento jurídico de su nacionalidad (derecho colombiano)⁴³. A este respecto, la doctrina nacional ha criticado el actual artículo 19 c.c. llamando la atención sobre el hecho de que solo atañe a los colombianos, y no se refiere al estatuto personal de los extranjeros ni a los conflictos de leyes que puedan nacer en relación con él⁴⁴. El artículo 22 del Proyecto de Reforma incluye una norma de conflicto bilateral que abarca a las personas físicas extranjeras. Al contener el domicilio como factor de conexión, el artículo 22 refleja la misma solución que se encuentra sobre esta materia en el artículo 1 del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional (Ley aprobatoria 33 de 1992), aunque este solo se refiere a la capacidad. Si, como se propone en el artículo 22, se incorpora a la legislación nacional una norma de conflicto que usa el domicilio como factor de conexión, el ordenamiento jurídico del lugar del domicilio de una persona (colombiana o extranjera) será aplicable a toda situación en la que deba dilucidarse su estado civil o capacidad, y no solo entre los Estados que hagan parte del tratado internacional⁴⁵.

Por otra parte, la segunda oración del artículo 22 sujeta la constitución y existencia de las personas jurídicas de derecho privado también al ordenamiento jurídico del lugar de su domicilio. Si el Proyecto de Reforma plantea una unificación con la legislación mercantil solo en materia de obligaciones y contratos, como lo planteó el Proyecto de 1984, esto podría significar, o bien que el artículo 22 del Proyecto de Reforma no aplicaría a las sociedades mercantiles, que continuarían estando regidas por el código de comercio (art. 469 y ss.), o bien que esta última normativa debería ser observada en relación con lo establecido en el artículo 22.

3. Derechos reales

Artículo 24. El régimen jurídico de los derechos reales y de la posesión se gobierna por la ley de su situación.

43 La fidelidad al artículo 19 del actual código civil a la norma correspondiente del código civil chileno (art. 15) da cuenta de su origen histórico.

44 COCK ARANGO, A., *Tratado de derecho*, cit.

45 Es de recordar que la preferencia por la solución que encontramos en el artículo 22 del Proyecto de Reforma fue plasmada por la delegación de Colombia en la declaración que hizo en 1928 al firmar el Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), que no se llegó a ratificar. Se afirmó entonces que esta era “genuinamente americana” y que permitía evitar que “inmigrantes europeos traigan la pretensión de invocar en América sus propias leyes de origen para gobernar aquí su estado civil y capacidad para contratar”. Véase información disponible en: http://apw.cancilleria.gov.co/tratados/AdjuntosTratados/54716_OEA_M-RESERVASYDECLARACIONESCODIGOBUSTAMANTE1928-TEXTO.pdf [consultado el 22 de octubre de 2020].

El cambio de situación de los bienes muebles no afecta los derechos constituidos a favor de una persona con arreglo a la ley del lugar en donde existían al tiempo de la adquisición del derecho.

Pero los interesados deben llenar los requisitos exigidos por la ley del lugar de la nueva situación para la conservación y efectividad de sus derechos.

Artículo 25. La propiedad intelectual y los demás derechos análogos se protegerán dentro del territorio nacional de acuerdo con la ley colombiana, sin perjuicio de lo establecido por las normas de la Comunidad Andina o por los tratados, convenios e instrumentos internacionales en que Colombia sea parte.

3.1. Comentario. El primer párrafo del artículo 24 contiene la regla *lex rei sitae*. Esta regla, basada en el principio de territorialidad, usa la ubicación de los bienes como factor de conexión para resolver las situaciones vinculadas con más de un ordenamiento jurídico, cuando estas se refieren a derechos reales. La solución que esta regla ofrece a ese tipo de situaciones, que ha sido la más usada tradicionalmente, es la que se encuentra en la norma unilateral contenida en el artículo 20 del actual código civil⁴⁶. Sin embargo, particularmente en relación con bienes muebles, también se han utilizado otras soluciones, como la aplicación del ordenamiento jurídico del país donde el propietario se encuentre domiciliado (en relación con esto, cfr. apartado I. 3.3, *supra*). Tómese en cuenta que, al no distinguirse entre bienes muebles e inmuebles, la regla *lex rei sitae* que se encuentra en el primer párrafo del artículo 24 abarca los bienes de ambas clases, lo que se encuentra expresamente en el artículo 26 del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional (Ley aprobatoria 33 de 1992). Por su parte, los párrafos segundo y tercero del artículo 24 regulan el conflicto móvil, que atañe al traslado de bienes muebles del territorio de un país al de otro país. La solución que se encuentra en el Proyecto de Reforma es la misma del artículo 30 del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional, que acaba de ser mencionado. Dicha solución consiste en el respeto de los derechos adquiridos en el país de origen, a condición de que se cumplan ciertos requisitos establecidos en el país de destino. Como se dijo en el comentario anterior, en relación con el artículo allí comentado (cfr. apartado II. 2.1, *supra*), al incorporarse a la legislación nacional lo que ya encontramos en la normativa internacional, esta pasa a ser aplicable a toda situación privada vinculada con más de un ordenamiento jurídico, referida a derechos sobre bienes (incluidos los casos de conflicto móvil), independientemente de que se trate o no de situaciones vinculadas con ordenamientos jurídicos de Estados que formen parte de determinado tratado internacional.

46 Una explicación más detallada y extensa sobre este tema se encuentra en OCHOA JIMÉNEZ, M. J., “Normas de derecho internacional privado”, cit.

La incorporación del artículo 25 en el Proyecto de Reforma, en sustitución del artículo 19 del Proyecto de 1984, resulta llamativa. El artículo 19 del Proyecto de 1984, al ser leído en concordancia con el artículo que le precede (art. 18 del Proyecto de 1984), tiene sentido: se trata de una norma de conflicto de leyes de base territorial, que contempla (indirectamente) la regla *lex rei sitae* para los bienes inmateriales, al considerarlos situados en el lugar de su registro. Al hacer esto, el artículo 19 del Proyecto de 1984 ordena la aplicación del ordenamiento jurídico del lugar del registro como la solución para resolver el conflicto de leyes en situaciones referidas a derechos de propiedad intelectual “y derechos análogos”. Esa es una solución posible⁴⁷, aunque distinta del principio *lex loci protectionis* (según el cual es aplicable el ordenamiento jurídico del lugar donde se reclama la protección), que se ha entendido como universalmente reconocido en esta materia⁴⁸. La norma material del artículo 25 del Proyecto de Reforma, por su parte, tal cual está redactada, no vendría a añadir prácticamente nada frente al principio de territorialidad, que ya fue comentado (véase apartado II. 1.1, *supra*).

4. Negocios y hechos jurídicos

Artículo 26. Las condiciones de existencia y validez de los negocios jurídicos se rigen por la ley del lugar en que se perfeccionan.

La misma ley se aplica a la existencia y prueba de los demás hechos jurídicos.

Artículo 27. La ley del lugar en donde deben cumplirse los negocios jurídicos rige su naturaleza, efectos y todo lo relativo a su ejecución.

Salvo que la ley lo prohíba, los contratos se regirán por la ley del lugar al que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate. En su defecto: a. Los efectos de los contratos de beneficencia se rigen por la ley del domicilio del beneficiario; b. Se rigen por la ley del lugar de su celebración los efectos de los negocios en los cuales no pueda determinarse el lugar de su cumplimiento. Asimismo, cuando no pueda determinarse el lugar de celebración se regirán, para todos los fines, por el de ejecución.

-
- 47 La aplicación del ordenamiento jurídico del lugar del registro se encuentra, por ejemplo, en los Principios del American Law Institute sobre esta materia: *Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes*, 2008, sección 301.
- 48 Véase GOTTSCHALK, E., “The Law Applicable to Intellectual Property Rights: Is the Lex Loci Protectionis a Pertinent Choice-of-law Approach?”, en GOTTSCHALK, E., MICHAELS, R., RÜHL, G. y von HEIN, J. (eds.), *Conflict of Laws in a Globalized World*, Cambridge University Press, 2007; véase Reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), párrafo 26 de los Considerandos y art. 8; y Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, art. 7(8).

Artículo 28. La reparación de los daños, en razón de hechos ilícitos y demás hechos generadores de responsabilidad extracontractual, se rigen por la ley del lugar donde tales hechos se han realizado, y en caso de duda, por la ley del domicilio del autor del hecho.

La misma regla se aplicará al enriquecimiento sin causa.

Artículo 707. La compraventa de mercaderías en que una parte tiene establecimiento o lugar principal de actividad en Colombia y la otra en Estado diferente, o el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones guarde relación más estrecha con un Estado diferente, o las partes prevean la aplicación de normas de derecho internacional privado, se regirá por normas de contratación internacional.

4.1. Comentario. El primer párrafo del artículo 26 y el primer párrafo del artículo 27 contienen una solución similar a la que se encuentra en los párrafos segundo y tercero del artículo 20 del actual código civil. Ambas regulaciones consideran el ordenamiento jurídico extranjero en cuanto a la existencia y validez (art. 26 del Proyecto de Reforma y segundo párrafo del art. 20 del actual código civil⁴⁹) y sujetan los efectos al ordenamiento jurídico del lugar del cumplimiento (art. 27 del Proyecto de Reforma y tercer párrafo del art. 20 del actual código civil). Hay, sin embargo, diferencias importantes. La diferencia más importante es que el artículo 20 del actual código civil contiene una norma de conflicto unilateral⁵⁰, mientras que los artículos 26 y 27 del Proyecto de Reforma contienen normas bilaterales, lo que conduce a la posibilidad de aplicación de ordenamientos jurídicos extranjeros, como ya se explicó (cfr. apartado I. 4, *supra*). Por otra parte, puesto que el artículo 20 del actual código civil se refiere a bienes situados en el territorio nacional, dicho artículo alude a contratos celebrados en el exterior que versen sobre bienes ubicados en el territorio colombiano. Por su parte, el primer párrafo del artículo 26 y el primer párrafo del artículo 27 del Proyecto de Reforma se refieren a los negocios jurídicos, de forma general.

En materia contractual, el Proyecto de Reforma incorpora una novedad relevante, que no se encuentra en el Proyecto de 1984. Esta se refiere a la autonomía de la voluntad de las partes en su dimensión conflictual, es decir, se reconoce a las partes la libertad para escoger el ordenamiento jurídico que regirá al contrato. Al respecto, la doctrina colombiana ha sido abundante, de manera que basta hacer aquí solo unas breves anotaciones.

El segundo párrafo del artículo 27 contempla la libertad de escoger el ordenamiento jurídico que regirá al contrato, siempre que el ordenamiento jurídico es-

49 OCHOA JIMÉNEZ, M. J., “Normas de derecho internacional privado”, cit.

50 Al igual que se indicó en relación con el artículo 19 del actual código civil (véase *supra*), la fidelidad del artículo 20 del mismo código a la norma correspondiente del código civil chileno (art. 16) da cuenta de su origen histórico.

código “tenga alguna conexión con el negocio de que se trate”. La aplicación del ordenamiento jurídico con la conexión más estrecha se contempla, en este sentido, como un límite al ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual, de manera similar a como se encuentra dentro del sistema de derecho internacional privado de Estados Unidos, en la sección 187(2)(a) del *Restatement (Second) of Conflict of Laws*⁵¹. Esta solución es muy diferente de la que se encuentra en el artículo 9 de la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (de la cual no forma parte Colombia)⁵², según el cual se ha de aplicar el ordenamiento jurídico con la conexión más estrecha a falta de elección realizada por las partes. Una flexibilidad tal no se encuentra en el segundo párrafo del artículo 27 del Proyecto de Reforma. Según esta norma, si las partes no han realizado la elección del ordenamiento jurídico que regirá al contrato, establece la aplicación del ordenamiento jurídico (i) del domicilio del beneficiario para los efectos de los contratos de beneficencia, y (ii) el del lugar de su celebración para los efectos de los negocios en los cuales no pueda determinarse el lugar de su cumplimiento. Debido a la rigidez de lo dispuesto en esta parte de la norma, su inclusión no parece acertada. Esto se acerca considerablemente a lo establecido en el artículo 186 del Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), que contempla la aplicación de la ley personal de los contratantes y, en su defecto, la del lugar de la celebración. Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 27, *in fine*, establece la aplicación del ordenamiento jurídico del lugar de la ejecución en caso de que no se pueda determinar el lugar de celebración. Es de recordar que la aplicación de la *lex loci executionis* es la solución que se encuentra actualmente en el código de comercio, en el artículo 869, que es una norma de tipo unilateral. Si con la reforma del código civil se pretende hacer una unificación en el régimen de obligaciones y contratos con la legislación mercantil, lo anotado anteriormente cobra aún mayor relevancia. En efecto, la regulación propuesta sustituiría la normativa que actualmente encontramos en el código de comercio, en la que ocupa el lugar central la norma unilateral del artículo 869, según el cual los contratos mercantiles que se ejecuten en Colombia están sujetos a la legislación colombiana. Es de anotar, por otra parte, que nada se dice en el se-

-
- 51 *Restatement (Second) of Conflict of Laws*, sección 187(2)(a): “Se aplicará la ley del Estado elegido por las partes para regir sus derechos y deberes contractuales, incluso si la cuestión concreta es una que las partes no podrían haber resuelto mediante una disposición explícita en su acuerdo dirigida a esa cuestión, a menos que:
“a) El Estado elegido no tenga una relación sustancial con las partes o la transacción...” (trad. libre).
- 52 “Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos.
“El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.
“No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato”.

gundo párrafo del artículo 27 del Proyecto de Reforma acerca de la aplicación de la autonomía de la voluntad de las partes para la escogencia del foro.

Finalmente, en materia contractual habrá de tenerse en cuenta la norma que el Proyecto de Reforma incorpora en el artículo 707. De una primera lectura de este artículo se desprendería que se busca incluir dentro de la normativa nacional la regulación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Ley 518 de 1999), con lo cual resultaría esta aplicable de manera general, más allá de los países que hacen parte de dicha regulación internacional. Sin embargo, la redacción no es clara, no siendo posible saber con certeza a qué se alude con la expresión “normas de contratación internacional” que aparece al final del artículo.

En cuanto a las situaciones relativas a responsabilidad extracontractual, materia no regulada en la normativa nacional actual en materia de derecho internacional privado, se acoge en el artículo 28 del Proyecto de Reforma el principio *lex loci delicti commissi*, según el cual este tipo de situaciones se rigen por el ordenamiento jurídico del lugar de la ocurrencia del hecho que da nacimiento a la responsabilidad; en defecto del cual, según el artículo 28, se aplicaría el ordenamiento jurídico del lugar del domicilio de la persona que ha realizado el respectivo hecho. La solución que ofrece el principio *lex loci delicti commissi* ha sido tradicionalmente utilizada en esta materia (*v.gr.*, art. 168 del Código Bustamante); otra solución es la que ofrece el principio *lex loci damni*⁵³, que contempla la aplicación de la ley del lugar donde se produce el daño.

5. Derecho de familia

Artículo 29. La capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto, la existencia y validez del mismo, se rigen por la ley del lugar en donde se celebra.

Sin embargo, no se reconocen los matrimonios celebrados en otro Estado que sean contrarios a las normas de orden público nacional.

Artículo 30. Se aplicará la ley del domicilio conyugal en todo lo que respecta a los derechos y deberes resultantes del matrimonio y a las causas de separación de cuerpos y de bienes. Si tuvieran domicilios distintos se aplicará la ley del último domicilio conyugal.

Los deberes recíprocos de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente, se sujetan a la ley del país donde se encuentran residenciados.

53 Este principio se establece como regla general en el Reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), párrafo 18 de los Considerandos y art. 4 (1).

Artículo 31. La nulidad y el divorcio del matrimonio se regirán por la ley del domicilio conyugal. El divorcio decretado en el exterior, respecto de matrimonio celebrado en Colombia, solo producirá efectos cuando se satisfagan los requisitos para la homologación.

Artículo 32. Los colombianos y los extranjeros, cuyo matrimonio se celebró en otro país, pero se hubieren domiciliado o residenciado en Colombia, se gobernarán por el régimen de bienes que reglamenta este Código.

5.1. Comentario. Sigue a continuación solo una breve referencia a algunos de los aspectos que se encuentran en esta sección, en particular en cuanto se refiere a la determinación, mediante normas de conflicto de leyes, del ordenamiento jurídico aplicable al tipo de situaciones a la que esta sección se refiere. El primer párrafo del artículo 29 contempla una solución de base territorial, que también encontramos en el artículo 11 del Tratado de Montevideo sobre Derecho Civil Internacional (Ley aprobatoria 33 de 1992), y que es distinta de la que se encuentra en el artículo 9 del Tratado Bilateral entre Colombia y Ecuador, donde se establece la aplicación de la ley nacional de los contrayentes para decidir sobre la capacidad para contraer matrimonio. En contraste con esta solución, el artículo 29 tiene como efecto reducir la posibilidad de que se tengan que aplicar ordenamientos jurídicos distintos, si los contrayentes tuvieran diferentes nacionalidades. Los artículos 30 y 31, por su parte, contemplan la aplicación de la ley del domicilio conyugal, siguiendo en este sentido al Tratado de Montevideo sobre Derecho Civil Internacional (arts. 12 y 13). Es de resaltar que el artículo 30 añade una solución expresa en caso de que los cónyuges tuvieran domicilios distintos, caso en el cual se acude a la ley del último domicilio común, solución generalmente usada en estos casos. En el artículo 32 observamos que se ofrece una solución cercana aunque más general que la que se encuentra en el artículo 180 del actual código civil, que sujeta el régimen de bienes a lo establecido en esa misma normativa.

6. Sucesiones

Artículo 33. La sucesión de una persona se abre en su último domicilio.

En caso de que existan bienes en otros países se preferirá la ley del lugar de la ubicación, si no hubiere acuerdo entre los asignatarios.

6.1. Comentario. En relación con el artículo 1012 del actual código civil, el primer párrafo del artículo 33 del Proyecto de Reforma imprime mayor claridad a la determinación del ordenamiento jurídico aplicable a situaciones relativas a sucesiones. El segundo párrafo del artículo 33 incluye dos cuestiones que vale la pena resaltar. Por un lado, la aplicación de la regla *lex rei sitae* (que, después de todo, es norma general

frente a las normas sobre sucesiones), pero solamente cuando existan bienes en otros países. Esto significaría que tendría que aplicarse el ordenamiento jurídico del lugar de la ubicación, que sería un ordenamiento jurídico extranjero. Por otro lado, este mismo párrafo ofrece un espacio a la autonomía de las partes, que es una tendencia en la normativa sobre esta materia⁵⁴.

Nota final

La regulación en materia de derecho internacional privado que se encuentra en el Proyecto de Reforma es una regulación incompleta. Una regulación tal no bastaría para atender a la necesidad que existe en Colombia de un tratamiento normativo sistemático de esta materia y no contribuiría a resolver la situación, en buena medida caótica, que existe actualmente. En este sentido, más allá de los breves comentarios que específicamente se han hecho sobre las normas que se encuentran en el Proyecto de Reforma, es aconsejable atender especialmente a las observaciones generales presentadas en la primera parte de este documento.

Referencias

- CAICEDO CASTILLA, J., *Derecho internacional privado*, Bogotá, Temis, 1967.
- COCK ARANGO, A., *Tratado de derecho internacional privado*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1952.
- Corte Constitucional, Sentencia SU-768 del 16 de octubre de 2014, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de julio de 2011, exp. 11001-0203-000-2007-01956-00, M.P.: Ruth Marina Díaz Rueda.
- GOTTSCHALK, E., “The Law Applicable to Intellectual Property Rights: Is the Lex Locis Protectionis a Pertinent Choice-of-Law Approach?”, en GOTTSCHALK, E., MICHAELS, R., RÜHL, G. y VON HEIN, J. (eds.), *Conflict of Laws in a Globalized World*, Cambridge University Press, 2007.
- GUERRA HERNÁNDEZ, V. H., “Conflictos de jurisdicción y competencia en derecho internacional privado”, en GARCÍA MATAMOROS, L. y ALJURE SALAME, A. (coords.), *Teoría general del derecho internacional privado*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2016.

54 Véase OCHOA JIMÉNEZ, M. J., ZAPATA FLÓREZ, J. y CARRILLO GAMBOA, P., “La elección del derecho aplicable en el derecho internacional privado en Colombia”, *Estudios Socio-Jurídicos*, n.º 21, 2019.

MÄEKELT, T, *Normas generales de derecho internacional privado en América*, Caracas, UCV, 1984.

MANTILLA REY, R., *Apuntes de derecho internacional privado*, Bogotá, Temis, 1982.

MARÍN FUENTES, J. L., *Derecho internacional privado*, Medellín, Universidad de Medellín, 2014.

MICHAELS, R., “Global Legal Pluralism and Conflict of Laws”, [en línea], disponible en: https://www.researchgate.net/publication/333285971_Global_Legal_Pluralism_and_Conflict_of_Laws [consultado el 20 de octubre de 2020].

MUIR WATT, H., “Private International Law beyond the Schism”, *Transnational Legal Theory*, n.º 2, 2011.

OCHOA JIMÉNEZ, M. J., “Normas de derecho internacional privado en materia de bienes: la regla *lex rei sitae* en América Latina y Colombia”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 37, 2019.

OCHOA JIMÉNEZ, M. J., “Apuntes para una clasificación de casos de restitución internacional de bienes culturales y una visión desde el derecho internacional privado”, en OCHOA JIMÉNEZ, M. J. (ed.). *Colecciones y repatriación de bienes arqueológicos y etnográficos*, Medellín, Universidad de Antioquia, 2019.

OCHOA JIMÉNEZ, M. J., “Conflict of Laws and the Return of Indigenous Peoples’ Cultural Property: A Latin American Perspective”, *International Journal of Cultural Property*, n.º 26, 2019.

OCHOA JIMÉNEZ, M. J., ZAPATA FLÓREZ, J. y CARRILLO GAMBOA, P., “La elección del derecho aplicable en el derecho internacional privado en Colombia”, *Estudios Socio-Jurídicos*, n.º 21, 2019.

PEARL, S., *The Foundation of Choice of Law. Choice and Equality*, Oxford University Press, 2018.

REIMANN, M., “Comparative Law and Private International Law”, en REIMANN, M. y ZIMMERMANN, R. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2007.

SAMTLEBEN, J., “El principio de territorialidad en América Latina (1977)”, en SAMTLEBEN, J. (ed.), *Rechtspraxis und Rechtskultur in Brasilien und Lateinamerika*, Aachen, Shaker, 2010.