



# DOCUMENTOS DE TRABAJO

## Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

**Elementos conceptuales y prácticos esenciales para la solución de  
casos de Derecho Internacional Privado en Colombia\***



\* Resultado del proyecto de investigación “Conflicto de leyes en materia de personas en el ordenamiento jurídico colombiano”, financiado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Investigadora principal: María Julia Ochoa Jiménez.

Medellín, enero de 2020

# Elementos conceptuales y prácticos esenciales para la solución de casos de Derecho Internacional Privado en Colombia

María Julia Ochoa Jiménez<sup>1</sup>

Paola Carrillo Gamboa<sup>2</sup>

## Tabla de contenido

<a href="#">Introducción</a> .....	3
<a href="#">Primera parte: aspectos fundamentales</a> .....	5
<a href="#">1. ¿De qué tratan los casos de derecho internacional privado?</a> .....	5
<a href="#">1.1. Competencia internacional directa</a> .....	5
<a href="#">1.2. Determinación del ordenamiento jurídico aplicable</a> .....	6
<a href="#">1.3. Competencia internacional indirecta</a> .....	8
<a href="#">2. Breves apuntes sobre la doctrina en materia de derecho internacional privado en Colombia</a> .....	8
<a href="#">2.1. Primera etapa</a> .....	9
<a href="#">2.2. Segunda etapa</a> .....	10
<a href="#">Segunda parte: delimitación del alcance del modelo de esquema propuesto para la solución de casos</a> .....	12
<a href="#">1. Sobre la nacionalidad y la condición jurídica del extranjero</a> .....	12
<a href="#">2. Sobre el reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales</a> .....	13
<a href="#">3. Sobre el arbitraje internacional</a> .....	16
<a href="#">Tercera parte: ciertos aspectos generales esenciales</a> .....	21
<a href="#">1. El sistema de fuentes del derecho</a> .....	21
<a href="#">2. La regla de la especialidad</a> .....	27

---

<sup>1</sup> Abogada de la Universidad de los Andes (Venezuela). Doctorado en Derecho de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania). Maestrías en Derecho de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania) y de la Universidad de Navarra (España). Investigadora visitante becada del Instituto Max Planck de Derecho Internacional Privado y Derecho Comparado (Alemania). Profesora Tiempo Completo de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

<sup>2</sup> Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Maestrías en Contratos y Responsabilidad de los Profesionales y en Derecho Internacional y Derecho Europeo de la Universidad de Toulouse Capitole (Francia). Ha sido Profesora de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

<a href="#">3. Búsqueda de un resultado materialmente justo y derechos humanos</a> .....	28
<a href="#">Cuarta parte: modelo de estructura para resolver casos de derecho internacional privado en Colombia</a> .....	30
<a href="#">1. Descripción general del modelo de estructura</a> .....	30
<a href="#">1.1. Primera parte del modelo de estructura</a> .....	30
<a href="#">1.2. Segunda parte del modelo de estructura</a> .....	31
<a href="#">1.2.1. Punto de partida: la calificación</a> .....	32
<a href="#">1.2.2. Primer paso general: competencia internacional</a> .....	33
<a href="#">1.2.3. Segundo paso general: ordenamiento jurídico aplicable</a> .....	36
<a href="#">Referencias citadas</a> .....	49
<a href="#">Sitios web esenciales</a> .....	52
<a href="#">Publicaciones periódicas colombianas</a> .....	52

## Introducción

El presente documento contiene algunos elementos conceptuales y prácticos esenciales que pueden servir de apoyo para la solución de casos que involucren una situación jurídica privada internacional, considerando las particularidades del contexto legal colombiano. El documento se divide en las siguientes cuatro partes:

1. En la primera parte se presenta brevemente un estado del arte del tema, en el cual se refrescan aspectos fundamentales del derecho internacional privado colombiano, que deben tenerse presentes para una mejor comprensión de las demás partes del documento.
2. En la segunda parte se ofrecen algunas directrices para el tratamiento en Colombia de tres aspectos que, si bien son fundamentales en el derecho internacional privado, no son considerados dentro del modelo de estructura que se presentará en la cuarta parte del documento. Los aspectos que serán tratados en esta parte son la nacionalidad y la condición jurídica del extranjero, el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras y el arbitraje internacional.
3. La tercera parte se dedica a tratar ciertos aspectos generales que son esenciales para poder aproximarnos adecuadamente al estudio y posterior solución de un caso de derecho internacional privado en el contexto colombiano, los cuales, dada su relevancia, no deben ser descuidados. Dichos aspectos giran en torno, primero, al sistema de las fuentes jurídicas en Colombia y la manera como las categorías de fuentes se relacionan entre sí, segundo, la regla de la especialidad y, tercero, la necesidad de orientarse hacia la consecución de un resultado materialmente justo y el papel que en ello juega el respeto de los derechos humanos y fundamentales.
4. La cuarta y última parte del documento presenta un modelo de estructura que puede ser aplicado para resolver en Colombia casos constituidos por una situación jurídica privada internacional. Dicho modelo de estructura se enfocará, de un lado, en las normas aplicables para determinar si una autoridad colombiana es competente para conocer de una situación privada internacional y, de otro lado, en la necesidad de determinar el ordenamiento jurídico aplicable por dicha autoridad. En esta parte se realizan, así mismo, algunas precisiones sobre los puntos que conforman dicho modelo de estructura y cómo este tendría que ser aplicado.

Para una comprensión cabal del presente documento, es necesario hacer ciertas aclaraciones. La primera de ellas es que aquí no se agotan de forma exhaustiva todos los aspectos que es necesario dominar para tener un conocimiento sólido de derecho internacional privado. Lo que se presentan son elementos esenciales que deben hacer parte de la base a partir de la cual resolver casos de derecho internacional privado en Colombia, tomando en cuenta el estado de cosas existente al momento de escribir este documento. En este sentido, otra aclaración importante es que, si surgiera cualquier duda, deben consultarse las referencias (doctrinales, legales y jurisprudenciales) citadas a lo largo del documento y se encuentran en el listado de referencias que se incluye al final. No podemos dejar de subrayar la importancia de consultar los sitios web y las publicaciones periódicas, cuyos enlaces se incluyen también al final del documento, en particular porque allí es posible encontrar información especializada y actualizada.

## **Primera parte: aspectos fundamentales**

### **1. ¿De qué tratan los casos de derecho internacional privado?**

El objeto de estudio y regulación del derecho internacional privado se dirige al tratamiento de las situaciones jurídicas privadas internacionales (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2015, p. 2; Álvarez Londoño y Galán Barrera, 2001, p. 41), las cuales son identificadas por el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado, aprobada en Colombia mediante la Ley 21 de 1981, como aquellas “situaciones vinculadas con derecho extranjero” (Guerra Hernández, 2016, p. 350).

Las normas que rigen este tipo de situaciones son cada vez más comunes, puesto que es una realidad, hoy más incontestable que nunca, que las relaciones entre los diferentes sujetos jurídicos no se circunscriben a las fronteras de los Estados. De ello deriva que los sistemas jurídicos y las autoridades administrativas y judiciales que deben aplicarlos se vean confrontados cada vez con mayor frecuencia con la necesidad de resolver situaciones que se susciten entre diferentes sujetos (turistas, migrantes, empresas transnacionales, etc.) involucrando elementos internacionales (García Matamoros, 2016, 269; Guerra Hernández, 2016, p. 374).

Al tratar dichas situaciones, el derecho internacional privado actúa dentro de los siguientes tres ámbitos: primero, la determinación de las autoridades competentes para conocer y decidir sobre dichas situaciones (lo que se conoce como competencia internacional directa); segundo, la determinación del ordenamiento jurídico aplicable a ese tipo de situaciones y, tercero, el reconocimiento de sentencias que han sido adoptadas por tribunales extranjeros (lo que se ha denominado competencia internacional indirecta) (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2015; Peari, 2018, p. vxi). A continuación, nos referiremos brevemente a la situación en el derecho internacional privado colombiano en relación con cada uno de esos tres ámbitos.

#### **1.1. Competencia internacional directa.**

En la doctrina colombiana en materia de derecho internacional privado pocos son los autores que se han dedicado a analizar cómo se produce la determinación de las autoridades competentes para conocer y decidir sobre situaciones jurídicas privadas con elementos extranjeros. Ello puede estar relacionado con el hecho de que Colombia carece de normas generales claras en torno a la competencia internacional directa de sus autoridades para

conocer y decidir sobre dichas situaciones, lo cual contrasta con los avances que se han realizado en el país en materia de arbitraje comercial, como se explicará más adelante.

Con el fin de salvar tal carencia, se han propuesto dos posibilidades. La primera consiste en la extrapolación de normas que regulan la competencia interna por el territorio (artículo 28 del Código General del Proceso) a situaciones jurídicas internacionales, mediando la adecuación pertinente en cada caso. La segunda posibilidad consiste en hacer uso, en el marco constitucional, de principios generales del derecho deducidos de normas internacionales sobre la materia, 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, se debe evitar atentar de cualquier forma contra la seguridad jurídica al momento de tomar una decisión (Guerra Hernández, 2016, p. 374).

## **1.2. Determinación del ordenamiento jurídico aplicable**

Para determinar la ley (u ordenamiento jurídico) aplicable a las situaciones jurídicas privadas con elementos de extranjería se utilizan las denominadas “normas de conflicto de leyes”. Cuando las normas de este tipo realizan la determinación del derecho aplicable a una situación con elementos extranjeros, responden básicamente a la pregunta sobre si la situación debe regirse por el ordenamiento jurídico nacional o por un ordenamiento jurídico extranjero, en especial cuando dichos ordenamientos: (a) se encuentran simultáneamente vigentes, (b) son potencialmente aplicables y (c) ofrecen soluciones disímiles. De esta forma, las normas de conflicto resuelven lo que se conoce como “conflicto de leyes” (Kegel, 1982; Bonnemaïson, 2016; García Matamoros y Aljure Salame, 2016; Marín Fuentes, 2014; Monroy Cabra, 2016; Symeonides, 2016). Las normas de conflicto de leyes realizan dicha labor mediante la utilización de diferentes criterios que, dentro de la estructura de las normas de conflicto, se constituyen en “factores de conexión” (también identificados con expresiones similares, como “elementos de conexidad” o “factores de conexidad”), como, por ejemplo, la nacionalidad, el domicilio o la residencia habitual.

En Colombia, dicha normativa no es abundante y se encuentra de forma difusa en diferentes instrumentos. En efecto, al contrario de la tendencia existente en otros países con una tradición arraigada en el sistema continental europeo, incluyendo países latinoamericanos, no existe en Colombia un cuerpo legal que contenga una codificación nacional de las normas

(generales) de derecho internacional privado. Como ejemplo de ese tipo de codificaciones se pueden mencionar las leyes especiales de Venezuela,<sup>3</sup> República Dominicana<sup>4</sup> y Panamá,<sup>5</sup> así como las normas de derecho internacional privado sistemáticamente incorporadas en los Códigos Civiles de países como Argentina<sup>6</sup> o Perú.<sup>7</sup>

Entre las principales normas de conflicto de leyes del ordenamiento jurídico colombiano se encuentran las que hacen parte del derecho común, como son, por una parte, las normas contenidas en el Código Civil (Álvarez Londoño y Galán Barrera, 2001; Monroy Cabra, 2016), que indican el ordenamiento jurídico aplicable a situaciones con elementos extranjeros, como las referidas al estado y capacidad de colombianos residenciados o domiciliados en el extranjero, así como sus obligaciones y derechos en materia de familia (artículo 19), a los bienes situados en territorio colombiano (artículo 20) o a la forma de los instrumentos públicos (artículo 21). Así mismo, se encuentran, por otra parte, normas de conflicto de leyes en el Código de Comercio (Álvarez Londoño y Galán Barrera, 2001; Monroy Cabra, 2016), como aquellas que indican la ley aplicable a la ejecución de contratos mercantiles celebrados en el exterior (artículo 869) y a los contratos de agencia comercial que se ejecuten en el territorio colombiano (artículo 1328).

También son aplicables en Colombia las normas de conflicto de leyes que se encuentran en instrumentos supranacionales, como son las Decisiones de la Comunidad Andina, y en tratados internacionales, entre los que se encuentran los Tratados de Montevideo sobre Derecho Civil Internacional y sobre Derecho Comercial Internacional (aprobados en Colombia a través de la Ley 33 de 1992), el Tratado sobre Derecho Internacional Privado con Ecuador (aprobado en Colombia a través de la Ley 13 de 1905) o las Convenciones Interamericanas, como la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (aprobada en Colombia a través de la Ley 449 de 1998), la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (aprobada en Colombia a través de la Ley 470 de 1998) o la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (aprobada en Colombia a través de la Ley 880 de 2004), por mencionar algunos ejemplos.

---

<sup>3</sup> Ley de Derecho Internacional Privado, Gaceta Oficial 36511, de 06-08-1998.

<sup>4</sup> Ley 544-14 de Derecho Internacional Privado, de 15-10-2014.

<sup>5</sup> Código de Derecho Internacional Privado, de 07-10-2015.

<sup>6</sup> Código Civil y Comercial, de 08-10-2014, título IV, artículos 2594 a 2671.

<sup>7</sup> Código Civil, de 1984, libro X, artículos 2046 a 2111.



### **1.3. Competencia internacional indirecta**

El reconocimiento de sentencias que han sido adoptadas por tribunales extranjeros alude a la posibilidad de que este tipo de decisiones surtan efecto en el extranjero, es decir, que tengan eficacia extraterritorial, puesto que su eficacia se limita, en principio, al territorio del país en que han sido dictadas. Este tema ha sido regulado por la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, aprobada por Colombia a través de la Ley 16 de 1981, que aplica entre los Estados que hagan parte de esta.<sup>8</sup> En la normativa nacional colombiana, los artículos 605 a 607 del Código General del Proceso contemplan los requisitos para que el reconocimiento de sentencias judiciales extranjeras pueda tener lugar y regulan el procedimiento especial para ello (exequátur). De acuerdo con estas normas, sobre esta materia puede decidir únicamente la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. De manera general, el reconocimiento de sentencias extranjeras en Colombia se basa en dos conceptos: reciprocidad y orden público. La reciprocidad (artículo 605 del Código General del Proceso) exige que las sentencias de tribunales colombianos sean reconocidas en el país del cual proviene la sentencia cuyo reconocimiento se solicita, lo cual se evalúa con base en lo siguiente: (a) que ello sea permitido por un tratado internacional del cual hagan parte ambos países (reciprocidad diplomática), o (b) que el ordenamiento jurídico del país de origen así lo admita (reciprocidad legislativa). Es de anotar que la exigencia de reciprocidad ha sido cuestionada al analizarse a través del prisma de los derechos humanos, en especial, de la garantía del acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva (Madrid y Ochoa, s.f., p. 339). Que las sentencias extranjeras puedan ser reconocidas requiere, por otra parte, que las mismas no sean contrarias al orden público (artículo 606, numeral 2, del Código General del Proceso), concepto al que nos referiremos más adelante.

## **2. Breves apuntes sobre la doctrina en materia de derecho internacional privado en Colombia**

Para exponer cómo se ha desarrollado en la doctrina nacional el estudio de las normas de conflicto colombianas, puede ser útil distinguir entre dos etapas: una etapa que va desde los inicios de esta materia en Colombia hasta finales del siglo veinte, y otra etapa que comienza en la década del 2000 y llega hasta la actualidad.

---

<sup>8</sup> Sobre el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros, ver los artículos 111 a 116 de la Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones.

## 2.1. Primera etapa

Esta etapa se inicia con quien ha sido considerado el fundador la enseñanza del derecho internacional privado en Colombia, Carlos Martínez Silva, quien desarrolló su obra en 1886, y con Antonio José Uribe, quien se referiría a esta materia en su obra *Tratado de Derecho Civil Colombiano*, publicada en francés en 1899 (Valladao, citado en Cock Arango, 1952, p. 89). Entrado ya el siglo XX, destacan las obras de Cock Arango (1952), de Caicedo Castilla (1967), de Lecompte Luna (1979) y de Mantilla Rey (1982); también se puede referir la traducción del alemán que Betancourt Rey hizo del libro de Gerhard Kegel (1982).

En esta época es marcada la influencia de la doctrina europea en las concepciones del derecho internacional privado de los autores nacionales, y un énfasis en el estudio del método conflictual. En este sentido, es posible clasificar algunas de las vertientes adoptadas por los autores nacionales, tomando en cuenta los criterios que clásicamente han sido usados para describir el contenido del derecho internacional privado. Así, la postura de Caicedo Castilla (1967), de acuerdo con la cual la disciplina del derecho internacional privado tiene por objeto “[...] además de estudiar la nacionalidad de las personas y la condición jurídica de los extranjeros, resolver los conflictos que surgen entre los Estados con motivo de la oposición de sus leyes y de los intereses privados de sus respectivos súbditos” (p. 1), se ubicaría en la concepción tripartita del derecho internacional privado, la cual abarca los conflictos de leyes, la nacionalidad y la condición jurídica del extranjero. Esta vertiente se encuentra igualmente en la doctrina francesa (Niboyet, 1951). Si se agregan los conflictos de jurisdicción, en ella también entra la concepción de Lecompte Luna (1979). Por el contrario, la concepción monista, que —como lo hace Kegel (1982)— mira solo hacia el conflicto de leyes, subyace tras la obra de Cock Arango (1952), según quien el derecho internacional privado “[...] contempla las legislaciones de los Estados, estudia las controversias que se originan de su discordia y da reglas para resolverlas” (p. 11).

En general, las obras de los autores colombianos de esta época se encargaron de describir y explicar cómo funcionaban las normas del ordenamiento jurídico colombiano en materia de conflicto de leyes válidas para el momento. Un análisis crítico puede vislumbrarse en la obra

de Cock Arango (1952, pp. 69 y ss.), quien mediante su “Teoría Cock” planteó una fórmula general para la solución de los conflictos de leyes.<sup>9</sup>

## 2.2. Segunda etapa

A partir de la década del 2000, destacan en la doctrina general del derecho internacional privado en Colombia la obra de Mojica Gómez (2003), con marcada influencia francesa, y los manuales para la enseñanza de esta materia escritos por Barrera Martínez (2003), Marín Fuentes (2014) y Monroy Cabra (2016). Resalta, además, el libro de Álvarez Londoño y Galán Barrera (2001), quienes siguen ideas de la doctrina española (en particular, Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2014). La obra de Álvarez Londoño y Galán Barrera contribuye a que en la doctrina colombiana la situación jurídica privada internacional pase a ocupar el lugar central en esta materia, y a que su regulación pase a ser el punto de pivote del derecho internacional privado. Así, podría decirse, comienza a ingresar en la doctrina colombiana una tendencia que se separa del estudio exclusivo desde el método conflictual, para ampliar el foco de atención hacia el método material del derecho internacional privado, es decir, el método que se aplica en la elaboración de las normas materiales o directas, que tienen por objeto establecer la solución de fondo del caso, sin indicar cuál es el ordenamiento jurídico que debe aplicarse para ello.

Desde esta perspectiva se torna imprescindible considerar que el derecho internacional privado está determinado no solo por las normas conflictuales nacionales, existentes en los diferentes niveles normativos formales en el plano interno, sino también, y muy especialmente, por normas internacionales, nacidas muchas de ellas mediante procesos no formales (Pauwelyn, Wessel y Wouters, 2012; Mills, 2006). Imbuidos en un complejo entramado de intereses, estos procesos son producto de las interacciones entre sujetos clásicos (Estados, organizaciones internacionales) y sujetos contemporáneos (incluidos sujetos privados) del derecho internacional. Así, estos procesos han ido desembocando no solo en normas materiales internacionales de carácter convencional, como los tratados de la CNUDMI en materia de contratos de compraventa internacional de mercaderías<sup>10</sup> o de

---

<sup>9</sup> La fórmula general propuesta por Cock Arango descansa sobre los siguientes dos criterios: “1. Todo hecho o acto jurídico permanece sometido a la ley bajo cuyo imperio nació. 2. Las leyes que establecen derechos o imponen obligaciones no fundados inmediatamente en los hechos o actos jurídicos, no tienen aplicación fuera del territorio de la nación a cuyo sistema de derecho pertenecen” (1952, p. 73).

<sup>10</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías aprobada en Colombia mediante la Ley 518 de 1999.

reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras,<sup>11</sup> sino también en normas no convencionales (también llamada normas de *soft law*), como los principios sobre los contratos comerciales internacionales preparados por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) o los *International Commercial Terms* (Incoterms) que elabora la Cámara de Comercio Internacional.

Este proceso de materialización internacional del derecho internacional privado ha sido visto como una forma de corregir el carácter formal del método conflictual. Este carácter formal apunta al hecho de que la norma de conflicto no resuelve el fondo de las situaciones jurídicas, sino que solo indica la ley aplicable, razón por la cual se afirma que la norma de conflicto no hace más que ofrecer una “justicia ciega” (Bonnemaison, 2013). No obstante, mientras exista diversidad de ordenamientos jurídicos privados internacionales, parece imposible evitar que el método conflictual continúe siendo aplicado.

Debe indicarse que la doctrina colombiana se ha ocupado en gran medida del tratamiento de temas especiales del derecho internacional privado. Así, en materia de contratos internacionales, hay que mencionar las obras de Zapata (2010), de Oviedo Albán (2010), de Zuleta Londoño (2010), de Rodríguez, Franco y Bonilla (2007), de Sotomonte (2002) o de Gaviria Gil (2015). En materia de arbitraje internacional, los trabajos de Zapata (1999), de Uribe Bernate (2002) y de Gaviria Gil (2013). Y en materia de derecho internacional de familia, los textos de Monroy Cabra (1999) y de Moreno Cordero (2015).

Desde el punto de vista de la teoría general del derecho internacional privado, en Colombia han sido tratados ciertos temas importantes en algunos artículos de revistas especializadas. Este es el caso, por ejemplo, del escrito de Bueno Guzmán (1979) sobre los principios del derecho internacional privado en la jurisprudencia colombiana, y de los textos de Marín Fuentes (2007, s.f.) y de Manrique García (2012) sobre la aplicabilidad de la ley extranjera en Colombia. También puede mencionarse el artículo de Roldán Pardo (2010) que se ocupa del concepto del orden público internacional. De igual forma, la obra recientemente editada por García Matamoros y Aljure Salame (2016) representa un muy valioso aporte a la doctrina nacional, pues ofrece una actualización de temas esenciales para la teoría general del derecho internacional privado colombiano.

---

<sup>11</sup> Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobada en Colombia a través de la Ley 39 de 1990.

## **Segunda parte: delimitación del alcance del modelo de esquema propuesto para la solución de casos**

### **1. Sobre la nacionalidad y la condición jurídica del extranjero**

La nacionalidad y la condición jurídica del extranjero han sido regulados en los últimos años de manera creciente en Colombia, debido al aumento de la migración internacional. Desde la perspectiva del derecho internacional privado, estos temas se considerarán en una situación que deba ser resuelta por una autoridad colombiana en los siguientes supuestos: 1) una norma de conflicto de leyes colombiana tiene como factor de conexión la nacionalidad; 2) existe la necesidad de aclarar si bajo la ley colombiana una persona: (2.1) es colombiana, 2.2) es extranjera, 2.3) ostenta doble nacionalidad y una de ellas es la colombiana (conflicto positivo), o 2.4) no ostenta ninguna nacionalidad (conflicto negativo).

Tomando en cuenta lo anterior, si alguno de los supuestos indicados se presenta en un caso concreto, dicho supuesto deberá ser resuelto como cuestión previa, antes de proceder a resolver la cuestión de fondo del caso.

Un ejemplo puede ayudar a entender mejor este punto. Jean François, nacido en Colombia e hijo de padre francés y madre colombiana, decide viajar a Francia con el fin de cursar sus estudios universitarios. Allí conoce a Ana María, quien es de nacionalidad ecuatoriana y también se encuentra estudiando en Francia. Terminado los estudios, Jean François le pregunta a Ana María si desea casarse él. Ana María empieza a organizar todo para su matrimonio, que tendrá lugar en Colombia. Una cuestión, que habrá de ser dilucidada, antes de cualquier otra cuestión relativa al matrimonio entre Jean François y Ana María, es la que se refiere a la capacidad de ambos para contraer matrimonio. Las autoridades colombianas encontrarán respuesta a esa cuestión en el artículo IX del Tratado sobre Derecho Internacional Privado existente entre Colombia y Ecuador, aprobado en Colombia por la Ley 13 de 1905, el cual consagra que: “La capacidad jurídica para contraer matrimonio se juzgará por la ley nacional de los contrayentes”. Este artículo contiene una norma de conflicto de leyes que incorpora como factor de conexión la nacionalidad de los contrayentes. En este sentido, la capacidad para contraer matrimonio se rige por el ordenamiento jurídico del Estado de la nacionalidad de cada una de las personas que contraerá matrimonio. De conformidad con el citado artículo IX del mencionado Tratado, la capacidad para contraer matrimonio de Ana María se rige por el ordenamiento jurídico ecuatoriano. No obstante, en relación con Jean

François, se debe analizar, en primer lugar, cuál nacionalidad ostenta, es decir, si la francesa o la colombiana, o ambas. En el supuesto de contar Jean François con doble nacionalidad, se deberá determinar cuál de estas se tendrá en cuenta con el fin de averiguar cuál es el ordenamiento jurídico aplicable. Todo ello deberá ser resuelto antes resolver de cualquier otra cuestión relativa al matrimonio entre Jean François y Ana María y al ordenamiento jurídico que lo regirá.

## **2. Sobre el reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales**

El reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras (o competencia internacional indirecta, como también se le conoce) es un sector del derecho internacional privado que cuenta con regulación y desarrollo jurisprudencial en Colombia.<sup>12</sup> Este sector, no obstante ser uno de los temas centrales del derecho internacional privado, no se incluirá en el modelo de estructura para la solución de casos de derecho internacional privado, que se planteará más adelante.

El modelo de estructura para la solución de casos que se presentará estará enfocado en la determinación de la competencia directa de las autoridades colombianas y la determinación del ordenamiento jurídico aplicable por estas autoridades. La razón de ello radica en el hecho de que, al contrario de lo que ocurre con el reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras, tema este que, como se mencionó, goza de regulación y desarrollo jurisprudencial en Colombia, la determinación de la competencia directa y del ordenamiento jurídico aplicable son los temas cuyo tratamiento genera mayores confusiones.

No obstante, al abordar la determinación de la competencia directa es necesario tener presente la relevancia del tema del reconocimiento de las sentencias extranjeras (competencia indirecta) y cómo ambos tipos de competencia se relacionan entre sí. Para ello es necesario, ante todo, tener claridad en cuanto a que cada Estado, a través de las normas atributivas de competencia internacional (también conocidas como normas de conflicto de jurisdicción), atribuye competencia a sus autoridades (judiciales, administrativas o arbitrales) para conocer de una situación privada internacional.

---

<sup>12</sup> El reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras se realiza mediante el trámite de exequátur. Ver el artículo 607 del Código General del Proceso: “La demanda sobre exequátur de una sentencia extranjera, con el fin de que produzca efectos en Colombia, se presentará por el interesado a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, salvo que conforme a los tratados internacionales corresponda a otro juez, y ante ella deberá citarse a la parte afectada por la sentencia, si hubiere sido dictado en proceso contencioso [...]”

En este contexto, puede tener lugar alguno de los siguientes supuestos:

- (i) varios Estados se atribuyen competencia respecto de una misma situación o materia determinada (competencia concurrente);
- (ii) un Estado se atribuye competencia exclusiva sobre una situación o materia determinada (también varios Estados pueden atribuirse, cada uno de ellos, competencia exclusiva); o
- (iii) ningún Estado se atribuya competencia una situación o materia determinada.<sup>13</sup>

En los supuestos (i) y (iii) es posible, como regla general, el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras. La existencia de competencia exclusiva de la autoridad del Estado en del cual se requiere el reconocimiento, lo cual entra en el supuesto (ii), se contempla generalmente en los diferentes ordenamientos legales como uno de los supuestos en los cuales no es posible que las decisiones extranjeras sean reconocidas y produzcan sus efectos en el territorio de dicho Estado. En este sentido, la legislación colombiana establece en el párrafo 4 del artículo 606 del Código General del Proceso que:

Para que la sentencia extranjera surta efectos en el país, deberá reunir los siguientes requisitos:

[...]

4. Que el asunto sobre el cual recae, no sea de competencia exclusiva de los jueces colombianos.

La necesidad de que la sentencia extranjera cuyo reconocimiento se solicita no sea competencia exclusiva de los jueces colombianos se ve reforzada por lo establecido en el numeral 1 del mismo artículo, según el cual es necesario que la misma “no verse sobre derechos reales constituidos en bienes que se encontraban en territorio colombiano en el momento de iniciarse el proceso en que la sentencia se profirió.” Tal reforzamiento se puede observar, además, en el párrafo 5 del mismo artículo, el cual exige que “en Colombia no exista proceso en curso ni sentencia ejecutoriada de jueces nacionales sobre el mismo asunto.”

---

<sup>13</sup> En este evento se configura una competencia negativa, que ha da lugar a la figura del foro de necesidad, en aras de evitar la denegación de justicia. Un ejemplo de ello se encuentra en el Código Civil y Comercial argentino, artículo 2602: “Aunque las reglas del presente Código no atribuyan jurisdicción internacional a los jueces argentinos, éstos pueden intervenir, excepcionalmente, con la finalidad de evitar la denegación de justicia, siempre que no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero y en tanto la situación privada presente contacto suficiente con el país, se garantice el derecho de defensa en juicio y se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz.”

Es así que al abordar la determinación de la competencia directa, es necesario tener presente la competencia indirecta. Así, por ejemplo, si se busca que la sentencia produzca sus efectos en otro Estado, se recomienda que, una vez verificada la competencia de la autoridad colombiana, no se pierdan de vista las normas sobre competencia indirecta del Estado donde se pretenda hacer valer la decisión. Ello permitirá identificar si dicho Estado se atribuye competencia exclusiva para conocer y decidir la situación sobre la cual versa la decisión. De este modo, se evita una sentencia claudicante, esto es, una sentencia que no podrá ser reconocida y que, por lo tanto, no podrá producir efectos.

Mediante un ejemplo es posible comprender mejor lo que explicado anteriormente. Una pareja colombo-francesa contrae matrimonio en Colombia y reside durante 10 años en este país. Posteriormente, decide mudarse a Francia y vivir de la renta de dos apartamentos amoblados de su propiedad situados en Cartagena. Dos años después, viviendo todavía en Francia, deciden divorciarse y liquidar su sociedad conyugal, para lo cual acuden ante la autoridad francesa competente. Obtenido el divorcio, uno de ellos decide instalarse en Colombia y desea actualizar su nuevo estado civil y vender las propiedades. Es así que se inicia un proceso para que la providencia emitida por la autoridad extranjera surta efectos en Colombia. Como se ha mencionado, el numeral 1 del artículo 606 del Código General del Proceso establece como uno de los requisitos que debe cumplir una sentencia extranjera, para que pueda producir efectos en el territorio colombiano, el que no verse sobre derechos reales constituidos en bienes que se encontraban en territorio colombiano en el momento de iniciarse el proceso. En este sentido, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia no concederá el reconocimiento de la sentencia en lo relativo a la partición de los dos apartamentos ubicados en Cartagena. Se está aquí, de esta forma, frente a una sentencia que produce efectos en Francia, mas no puede extender sus efectos al territorio colombiano. En consecuencia, todo lo concerniente a los bienes debe adelantarse nuevamente ante las autoridades colombianas.

Si se modifican algunos de los hechos del caso anterior de manera que los bienes estén ubicados en Francia, la pareja viva en Colombia y sea en Colombia donde uno de los cónyuges decida divorciarse, el abogado que representa al interesado en que la sentencia de divorcio y la liquidación de la sociedad conyugal surta efectos en Francia deberá indagar si existe competencia exclusiva de los jueces franceses en materia de derechos reales. Solo si el ordenamiento jurídico francés no contemplara la competencia exclusiva de sus tribunales en materia de derechos reales, tendría sentido iniciar un proceso en Colombia, puesto que solo en



ese supuesto sería imaginable que una decisión judicial colombiana llegara a tener oportunidad de ser reconocida por las autoridades francesas y, en consecuencia, pudiera llegar a surtir efectos en Francia.

### 3. Sobre el arbitraje internacional

Por último, nos referiremos al arbitraje internacional, particularmente al arbitraje en el ámbito comercial. En Colombia, el arbitraje internacional ha recibido un grado de atención<sup>14</sup> que contrasta con el poco desarrollo de las normas que regulan la competencia internacional directa de jueces y autoridades administrativas.

La Constitución colombiana, en su artículo 116,<sup>15</sup> habilita a árbitros particulares para que de manera transitoria administren justicia. En este sentido, Colombia cuenta con un estatuto en materia de arbitraje nacional e internacional, la Ley 1563 de 2012, cuyo articulado se basa en gran parte en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de 1985, con enmiendas adoptadas en 2006, desarrollada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI).<sup>16</sup> Dicha Ley, en su artículo 62,<sup>17</sup> pone en marcha el derecho internacional

---

<sup>14</sup> El arbitraje internacional se encuentra regulado en la Ley 1563 de 2012, la cual deroga el Decreto 1818 de 1998, que a su vez la integraba la ley 315 de 1996. Los principales centros de arbitrajes del país cuentan con un Reglamento para el arbitraje comercial internacional y ofrecen oportunidades de formación para incentivar el conocimiento de dicho mecanismo. Ver, por ejemplo, el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, que contiene en su parte III, el Reglamento de arbitraje comercial internacional. Disponible en: <https://www.centroarbitrajeconciliacion.com/Sobre-nosotros-CAC/Reglamento-general>

Se recomienda ver también el Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio de Medellín. Disponible en: <https://www.camaramedellin.com.co/Portals/0/arbitraje-y-conciliacion/Documentos/2019/PARTE%20INTERNACIONAL%20REGLAMENTO%20CENTRO%20APROBADO%20280519.pdf>

<sup>15</sup> Artículo 116, Constitución Política de Colombia: “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.”

<sup>16</sup> Se informa en el sitio web de la CNUDMI lo siguiente: “La Ley Modelo de la CNUDMI está formulada para ayudar a los Estados a reformar y modernizar sus leyes sobre el procedimiento arbitral a fin de que tengan en cuenta los rasgos peculiares y las necesidades del arbitraje comercial internacional. Regula todas las etapas del procedimiento arbitral, desde el acuerdo de arbitraje, pasando por la composición y competencia del tribunal arbitral y el alcance de la intervención del tribunal, hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral. Refleja un consenso mundial sobre los aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional aceptados por Estados de todas las regiones y los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo.” Información disponible en:

[https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial\\_arbitration](https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration)

La CNUDMI es el “[principal] órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional [...] La función de la CNUDMI consiste en modernizar y armonizar las reglas del comercio internacional.” Ver información disponible en: <https://uncitral.un.org/es/about>

<sup>17</sup> Artículo 62, Ley 1563 de 2012: “Se entiende que el arbitraje es internacional cuando:

privado cuando la controversia cumpla uno de criterios exigidos para que el arbitraje adquiera carácter internacional. En este marco, una cuestión que interesa al derecho internacional privado es si una situación privada internacional que sea susceptible de ser resuelta mediante arbitraje<sup>18</sup> puede ser conocida y decidida por árbitros habilitados por las partes y cuál sería el ordenamiento jurídico aplicable por ellos al fondo de la controversia.

Sin desconocer la necesidad de avanzar en la discusión y reflexión en materia de arbitraje en Colombia,<sup>19</sup> el arbitraje internacional no se incluirá en el modelo de estructura que se presentará en la cuarta parte de este documento. El propósito de dicho modelo se desarrolla desde el punto de vista que puede tener una autoridad judicial o administrativa y no desde la perspectiva de un árbitro. Esto se explica debido al amplio margen de acción con el que cuentan los árbitros, cuyo límite es la vigilancia del orden público internacional,<sup>20</sup> lo cual contrasta con el campo de acción en el cual deben desenvolverse las autoridades judiciales o administrativas al momento de tomar la decisión de fondo de una situación jurídica determinada.

En el abanico normativo con el que cuenta el árbitro para tomar una decisión de fondo, se debe determinar ante todo si la situación jurídica de que se trate puede ser comprendida

---

a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tengan, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus domicilios en Estados diferentes; o

b) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios; o

c) La controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional.

1. Si alguna de las partes tiene más de un domicilio, el domicilio será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje.

2. Si una parte no tiene ningún domicilio, se tomará en cuenta su residencia habitual.”

<sup>18</sup> Ley 1563 de 2012, artículo 62, parágrafo 3: “La presente sección no afectará ninguna otra ley colombiana en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente ley.”

<sup>19</sup> Recientemente, el 20 de julio de 2019, el Gobierno colombiano presentó un proyecto de ley, mediante el cual se modifica la Ley 1563 de 2012. En el campo del arbitraje internacional, el proyecto de Ley expresa: “La adopción del texto de la ley modelo CNUDMI en la ley 1563 de 2012 para el arbitraje internacional ha probado ser una decisión acertada. En efecto, los arbitrajes internacionales se han incrementado en Colombia. Incluso se han desarrollado arbitrajes internacionales en los que ninguna de las partes es colombiana, lo que revela la posibilidad de que Colombia se convierta en un centro de arbitraje.

Ahora bien, el desarrollo que ha tenido el arbitraje internacional ha mostrado algunas limitaciones del texto actual de la ley, por lo cual es conveniente introducir algunos ajustes puntuales.”. Los temas que se pretenden modificar son: 1) criterios de internacional, 2) La autoridad nominadora, 3) Facultad del juez de decretar medidas cautelares. Disponible en: <https://congresovisible.uniandes.edu.co/proyectos-de-ley/pproyecto-mediante-el-cual-se-modifica-la-ley-1563-de-2012-estatuto-de-arbitraje-nacional-e-internacional-estatuto-de-arbitraje/9998/#tab=2>

<sup>20</sup> El orden público internacional es una de las causales para anular el laudo arbitral, de conformidad con la Ley 1563 de 2012, artículo 108, numeral 2, b): “El laudo sea contrario al orden público internacional de Colombia”

dentro de la Sección Tercera de la Ley 1265 de 2012. Para ello, la misma Ley concede una respuesta en el párrafo 2 del artículo 62, el cual indica lo siguiente: “Las disposiciones de la presente sección, con excepción de los artículos 70, 71, 88, 89, 90 y 111 a 116 se aplicarán únicamente si la sede del arbitraje se encuentra en territorio colombiano.” Adicionalmente, se debe tomar en cuenta que el párrafo 1 del artículo 93 establece que: “Las partes podrán determinar libremente la sede del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral la determinará, atendidas las circunstancias del caso, y las conveniencias de aquellas.” Esto quiere decir que las partes, ejerciendo su autonomía de la voluntad conflictual, o los árbitros, en caso de silencio de las partes, al determinar que la sede (lugar) del arbitraje se encontrará en Colombia, determinan a su vez, la aplicación de la mencionada Ley.

En cuanto al margen de maniobra del árbitro, se debe leer el artículo 101 de la Ley, el cual establece:

El tribunal arbitral decidirá de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes. La indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado se entenderá referida, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de dicho Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.

Si las partes no indican la norma, el tribunal arbitral aplicará aquellas normas de derecho que estime pertinentes.

El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* solo si las partes lo hubieren autorizado. En todo caso, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y teniendo en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

De la lectura del primer párrafo de este artículo se desprende lo siguiente:

1) Se reconoce legalmente uno de los principios fundamentales del derecho internacional privado, es decir, la autonomía de la voluntad conflictual, que consiste en la facultad que tienen las partes de escoger el derecho a aplicar a una situación jurídica de la que participan. Es de observar en relación con este punto que lo antes anotado es válido en el contexto del arbitraje internacional. Más allá del arbitraje internacional, en materia de derecho internacional privado en general, la autonomía de la voluntad conflictual no cuenta aún con reconocimiento legal expreso, aunque la doctrina colombiana ha considerado que dicha autonomía también puede ser reconocida en el ámbito judicial (Ochoa Jiménez, Zapata Flórez y Carrillo Gamboa, 2019). Esto conduce a que, más allá del arbitraje internacional, la autoridad judicial se encuentre restringida en cuanto al derecho que puede aplicar para solucionar un caso concreto sometido a su conocimiento.

2) Al incorporar la expresión “normas de derecho” y no otro término, como por ejemplo el término “leyes”, el primer párrafo del artículo 101 de la Ley 1265 de 2012 ofrece a las partes la posibilidad de escoger normas materiales, tanto de carácter nacional como *anacional*. Estas últimas normas, también conocidas como normas no estatales, son aquellas en cuyo proceso de creación no interviene el Estado, como, por ejemplo, los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Instituto para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit) o los *International Commercial Terms* (Incoterms), el Reglamento de Arbitraje y la UCO 600: Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios, estos tres documentos de la Cámara de Comercio Internacional.

3) Con la indicación expresa al “derecho sustantivo”, lo cual se refiere a las normas de tipo material, y la exclusión de las “normas de conflicto de leyes”, se busca impedir el surgimiento de la figura del derecho internacional privado conocida como “reenvío”, que se presenta solamente al tomar en consideración las normas de conflicto de leyes del ordenamiento jurídico extranjero que resulte aplicable al caso.

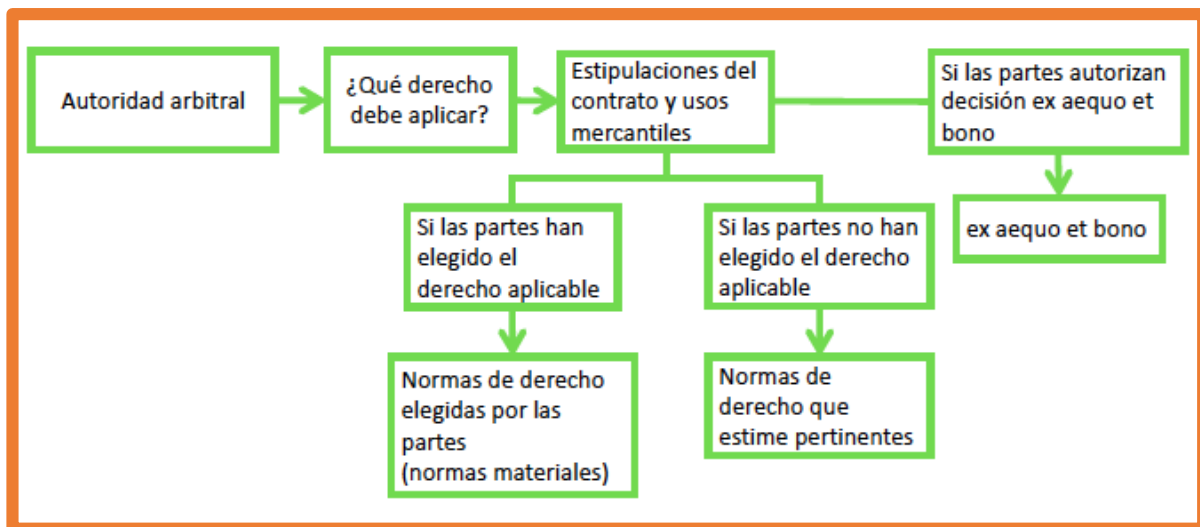
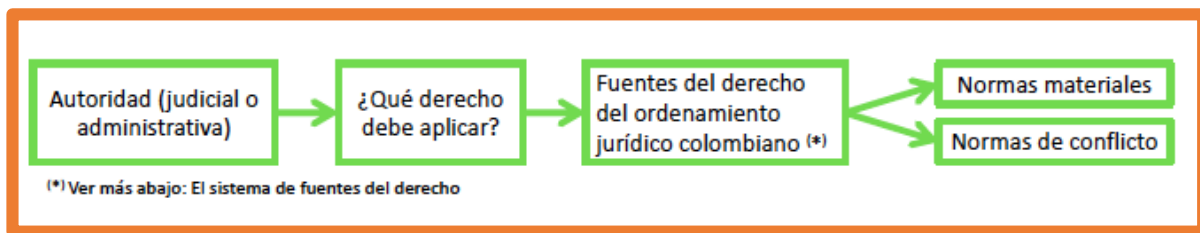
Por otro lado, el segundo párrafo del artículo 101 de la Ley 1265 de 2012 se refiere al evento en cual las partes no ejercen su autonomía de la voluntad conflictual o lo hacen de manera parcial. Si ello ocurre, el árbitro deberá aplicar las normas de derecho que estime pertinentes. Al indicar “normas de derecho” y no “normas de conflicto”, esta disposición se aleja de la fórmula que plantea la Ley Modelo de la CDUDMI, en cuyo artículo 28, numeral 2, se establece lo siguiente: “Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables”. De esta manera, la Ley 1265 de 2012 faculta al árbitro para que, al resolver el fondo de la controversia, aplique bien sea normas de conflicto de ley colombianas o normas jurídicas extranjeras, sin que exista prelación entre ellas. También, dentro del abanico de “normas de derecho”, le es permitido al árbitro aplicar directamente normas materiales, sean estas nacionales o anacionales.<sup>21</sup> Adicionalmente, el estatuto recuerda que en todo caso el árbitro debe observar las estipulaciones contractuales y los usos mercantiles.

---

<sup>21</sup> La lectura que aquí se hace del artículo que se comenta se aleja de la realizada por Zapata, quien considera que “[...] el estatuto permite que los árbitros apliquen las normas de derecho que estimen pertinentes, es decir, sin aplicar una norma de conflicto de leyes para esta determinación” (Zapata, 2013, p. 424).

En contraste con el árbitro, el juez debe, en primer lugar, acudir a su ordenamiento jurídico, que se encuentra compuesto por normas materiales y normas de conflicto de leyes.<sup>22</sup> El juez no puede proceder de forma directa y automática a la aplicación de un ordenamiento jurídico extranjero.

Basándonos en lo dicho, al contrastar los ámbitos de acción que, en relación con el derecho a aplicar en cuanto *lex fori* —por *lex fori* se entiende el derecho del Estado en el cual se está decidiendo la controversia—, tienen los árbitros y de las autoridades judiciales o administrativas en Colombia, el resultado de dicho contraste puede ser descrito esquemáticamente como se presenta a continuación:



<sup>22</sup> Se debe tener presente la prelación de las normas materiales respecto de las normas de conflicto de ley, pues las primeras ofrecen una solución directa (ver: más adelante).

## **Tercera parte: ciertos aspectos generales esenciales**

### **1. El sistema de fuentes del derecho**

En ámbito académico, el tema sobre el sistema de fuentes jurídicas<sup>23</sup> suele ser visto, en general, como un tema sencillo —“demasiado elemental” o “demasiado fundamental” (Aguiló Regla, 2015)— y por ende no se le otorga usualmente mucha atención o mucho tiempo de estudio. Sin embargo, puesto a pensar con detenimiento, todo jurista (especialmente el jurista formado en la tradición del derecho escrito, de origen continental y tradición romano-germánica, dentro de cuyo marco se inserta el sistema jurídico colombiano) reconocerá que el sistema de fuentes es un tema transversal dentro de cualquier materia de derecho y que se trata de un tema importante.

Por lo menos dos razones subyacen tras la relevancia que tiene el sistema de fuentes del derecho en nuestros sistemas jurídicos. La primera razón se relaciona con nuestra manera de pensar, que ha tendido a ser analítica y sistemática; y contar con determinadas categorías de normas jurídicas que configuran entre sí un sistema se corresponde con esa manera de pensar. De lo anterior deriva la segunda razón, que es esencialmente práctica y tiene que ver con la aplicación de las normas jurídicas, pues durante siglos esta aproximación analítica y sistemática ha demostrado ser no solo efectiva, sino también capaz de brindar ciertos niveles de seguridad en el desenvolvimiento de las relaciones humanas. Es así porque la aproximación analítica y sistemática que subyace tras el sistema de fuentes del derecho, primero, permite observar y comprender claramente la norma (o regla) jurídica a aplicar (y el sistema del cual ella hace parte) y, segundo, permite observar y comprender a través de esa norma (o regla) jurídica la realidad que habrá de ser “encuadrada” (subsumida) en ella.

A partir de lo dicho, la comprensión del tema referido a las fuentes del Derecho internacional privado colombiano enfrenta retos en dos niveles. En un primer nivel (i), se encuentran retos compartidos con otras materias jurídicas. En otro nivel (ii), se encuentran retos vinculados con las características propias del derecho internacional privado en Colombia.

---

<sup>23</sup> Se hace referencia aquí a las fuentes formales, no a las reales o históricas (por ejemplo, García Maynez, 2002).

(i) En el primer nivel, los retos tienen que ver con comprender —y, sobre todo, no olvidar— lo siguiente: primero, que existen distintas categorías de fuentes jurídicas, las cuales pueden identificarse de la siguiente manera: legislación, costumbre, principios, jurisprudencia y doctrina; y, segundo, que dichas categorías de fuentes conforman un sistema de supra/subordinación, es decir, que unas categorías de fuentes prevalecen frente a otras. En la categoría correspondiente a la legislación se encuentran incluidos, además de los códigos y las leyes, de cualquier tipo que estas sean, también dos cuerpos normativos de importancia incuestionable: por un lado, la Constitución, que está en la cúspide del sistema legal nacional, según se establece en el propio texto constitucional;<sup>24</sup> y, por otro lado, los tratados internacionales, algunos de los cuales tienen rango constitucional, es decir, aquellos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, según el artículo 93 del texto constitucionales.<sup>25</sup> Sin adentrarnos a tratar exhaustivamente la doctrina desarrollada por la Corte Constitucional en torno la integración de los tratados internacionales dentro del ordenamiento jurídico colombiano, es necesario anotar que, más allá del bloque de constitucionalidad, “por regla general los tratados internacionales no son normas de nivel constitucional” (Prada, s. f.), lo cual no impide asegurar que “su cumplimiento es ineludible por parte de las autoridades competentes y las normas internas de rango inferior a la constitución deben ser aplicadas de manera armónica con los compromisos internacionales del país”.<sup>26</sup> Por otra parte, los principios, la jurisprudencia y la doctrina servirán para ilustrar la legislación, así como para interpretarla.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 4, primer párrafo: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.” Esto también figura en la Ley 57 de 1887, artículo 5: “Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella [...]”

<sup>25</sup> Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 93: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

<sup>26</sup> De forma más concreta, se ha dicho que “en caso de conflicto entre la legislación interna y los tratados o convenios internacionales que regulan una materia específica, como el derecho de la inversión extranjera, las autoridades deberán optar por una interpretación orientada a su armonización y al respeto de los compromisos internacionales suscritos por Colombia. Esta doctrina de la Corte demuestra que las demás normas del derecho internacional que no son incorporadas al sistema jurídico colombiano a través del bloque de constitucionalidad, entran a hacer parte del mismo con un rango de ley” (Prada, s. f.).

<sup>27</sup> Ley 153 de 1887, artículo 4: “Los principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, á su vez, norma para interpretar las

Las categorías de fuentes indicadas están interrelacionadas de manera que la legislación (constitución, tratados internacionales, códigos, leyes especiales) prevalece sobre la costumbre, los principios, la jurisprudencia y la doctrina. La costumbre constituye derecho, a falta de legislación positiva.<sup>28</sup> Es de resaltar, en relación con la costumbre, de un lado, que la juega un papel central en el derecho mercantil, como se establece en el artículo 3 del Código de Comercio,<sup>29</sup> y, de otro lado, que “en ningún caso tiene fuerza contra la ley”, como lo consagra el artículo 8 del Código Civil. Los principios, la jurisprudencia y la doctrina tienen, como se desprende del artículo 4 de la misma Ley 153 de 1887, un papel auxiliar en la medida en que sirven para “ilustrar e interpretar”. Los principios a los que se hace referencia aquí son aquellos que no están codificados, por no encontrarse incluidos en la legislación, y que pueden encontrarse en la jurisprudencia o la doctrina, pero también pueden desprenderse de un análisis de derecho comparado.

En ese orden de ideas, tomando en cuenta lo antes dicho, si existe una legislación que debe ser aplicada al caso que está tratando de resolverse, no puede el operador jurídico dirigirse directamente a la costumbre o a un principio, un criterio establecido jurisprudencialmente o la doctrina, a no ser que sea para ilustrar o interpretar la legislación. En otras palabras, se podría recurrir directamente a un principio, la jurisprudencia o la doctrina solamente en el supuesto de no existir legislación aplicable al caso que está tratando de resolverse.

(ii) Los retos que se encuentran en el segundo nivel se refieren a las fuentes del derecho internacional privado colombiano. En relación con ello hay varios aspectos que deben tenerse en cuenta:

1. Lo primero es que en Colombia las normas de derecho internacional privado no han sido objeto de un proceso de legislación sistemática, de manera que esta materia no cuenta con una

---

leyes.”

<sup>28</sup> Ley 153 de 1887, artículo 13.

<sup>29</sup> Ver: Código de Comercio de Colombia, artículo 3: “La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella.

En defecto de costumbre local se tendrá en cuenta la general del país, siempre que reúna los requisitos exigidos en el inciso anterior.”



ley especial ni con un espacio determinado (parte, título o capítulo) dentro de los códigos del derecho común, es decir, el Código Civil o el Código de Comercio, así como tampoco en el Código General del Proceso. Las normas de derecho internacional privado se encuentran, pues, dispersas en diferentes instrumentos jurídicos. En este sentido, la evaluación sobre la existencia de legislación sobre la materia —que, como se ha visto, es el primer paso con el que se habrá de proceder en un caso concreto— implica observar:

- (i) si existe una norma internacional o, en su defecto,
- (ii) si hay una norma en el derecho común (Código Civil o de Comercio) o en una ley especial aplicable al caso (constituido por una situación jurídica privada internacional).

Tales normas deben ser acordes con las normas constitucionales relevantes, pues estas están por encima de las normas de derecho común y de las leyes especiales.

Debe aclararse que aquí se está haciendo referencia a las normas internacionales que hacen parte de la legislación, con lo cual se está aludiendo a tratados internacionales firmados y ratificados por Colombia. Estos tratados tendrán prelación frente a códigos y leyes, según el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.<sup>30</sup> Ciertamente, las normas internacionales se pueden encontrar en fuentes internacionales diferentes de los tratados, en particular las indicadas en el segundo párrafo del artículo 38, primer párrafo, literales b) a d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, es decir, costumbre, principio, jurisprudencia y doctrina, siendo las dos últimas fuentes auxiliares de acuerdo con dicho artículo. En este grupo de normas se entienden incluidas aquellas que se engloban bajo la denominación de “*lex mercatoria*” de origen internacional,<sup>31</sup> esencial en materia de comercio transfronterizo. En general, a estas categorías de fuentes de derecho internacional, que son distintas de los tratados firmados y ratificados por Colombia, se recurrirá cuando no haya norma en un tratado (firmado y ratificado por Colombia), u otra norma dentro de la legislación nacional, que sea aplicable al caso en cuestión. Tratándose de casos en materia

---

<sup>30</sup> Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, aprobada en Colombia por la Ley 21 de 1981, artículo 1: “[...] En defecto de norma internacional, los Estados Partes aplicarán las reglas de conflicto de su derecho interno.”

<sup>31</sup> Pueden considerarse incluidos en esta categoría, por ejemplo, los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales preparados por el Unidroit o los *International Commercial Terms* (Incoterms) que elabora la Cámara de Comercio Internacional.

comercial, establece expresamente el artículo 7 del Código de Comercio que es posible acudir a tratados sobre comercio que no hayan sido ratificados por Colombia, cuando tales casos no puedan resolverse conforme a las reglas establecidas en el mismo Código:

Los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del artículo 3o., así como los principios generales del derecho comercial, podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las reglas precedentes.

Otra aclaración es necesaria en relación con las normas adoptadas en procesos de integración regional (llamadas normas supranacionales). Estas normas se encuentran a caballo entre las normas internacionales y las nacionales. Su dimensión internacional se encuentra en el hecho de que su fundamento último se halla en un tratado (o grupo de tratados) en el que se funda el proceso de integración, que generalmente ocurre mediante la creación de una organización internacional de integración, y además se regulan, entre otros aspectos, la constitución y funcionamiento de un aparato orgánico que tendrá, entre otras facultades, la de legislar sobre ciertas materias. Las normas así adoptadas tienen una dimensión nacional en cuanto se entienden haciendo parte del ordenamiento jurídico nacional de cada uno de los países que hacen parte de ese proceso de integración, por haber firmado y ratificado el tratado (o grupo de tratados) en que se funda dicho proceso. De manera que tales normas son directamente aplicables por los tribunales de estos países. Esto es lo que ocurre en Colombia en relación con la organización internacional de integración regional denominada Comunidad Andina.<sup>32</sup> Por las particulares características que, como acaba de anotarse, tienen este tipo de normas —en la Comunidad Andina esto se refiere especialmente a las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina—, dichas normas pueden equipararse a las leyes nacionales.

2. Otro aspecto que debe tenerse en cuenta es que los efectos de la ausencia de legislación nacional sistemática en materia de derecho internacional privado en Colombia se extienden hacia otras categorías de fuentes jurídicas. Esto atañe en particular a la jurisprudencia nacional, pero de alguna forma ha afectado también al desarrollo de la doctrina en el país. En algunas sentencias de tribunales colombianos se deja ver que estos tienen a veces cierto grado de dificultad para moverse en el sistema de fuentes. Y pareciera que el origen de esta dificultad se

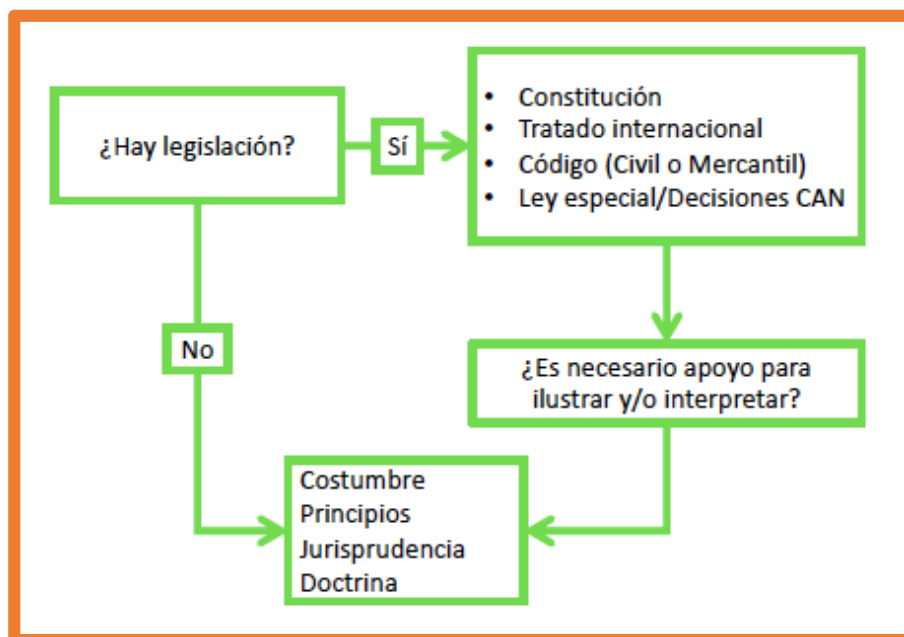
---

<sup>32</sup> Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), suscrito el 26 de mayo de 1969.

relaciona con la ausencia de una legislación nacional sistemática sobre la materia, porque ello necesariamente conlleva la necesidad de acudir a las demás categorías de fuentes jurídicas (como la costumbre y los principios), que configuran un corpus mucho más complejo y cuyo manejo, si no se hace de la manera adecuada, detenida y cuidadosa, puede dar lugar a más de un traspiés.

A lo anterior se aúna el hecho de que las normas del derecho internacional privado, especialmente de normas de conflicto de leyes, pueden conducir a la aplicación de un ordenamiento jurídico extranjero. Este tema, espinoso de por sí por diversas razones y frente al cual la doctrina y la jurisprudencia nacionales se muestran en buena medida esquivos todavía, no puede, sin embargo, continuar siendo soslayado en Colombia. Lo que debe tenerse siempre presente es que la aplicación de un ordenamiento jurídico extranjero para resolver el fondo de una situación jurídica internacional se producirá por mandato de una norma, ya sea de origen nacional, supranacional o internacional, que hace parte del ordenamiento jurídico colombiano en tanto *lex fori* (ver ejemplo en las págs. 12-13 y pág. 21).

En el siguiente esquema se explica de manera general cómo debe procederse al escoger la fuente (o las fuentes) del derecho internacional privado a aplicar para la resolución de un caso concreto que consista en una situación jurídica privada internacional:



## 2. La regla de la especialidad

Como puede observarse, el sistema de fuentes del derecho internacional privado que se refleja en el esquema mostrado arriba, y que ha sido descrito en las explicaciones que le preceden, funciona con base en la prelación de unas categorías de normas sobre otras. Hemos visto que la legislación prevalece sobre la costumbre, los principios, la jurisprudencia y la doctrina. Además, hemos hecho alusión al hecho de que, dentro la legislación, las normas constitucionales se encuentran en la cima, siendo seguidas por los tratados internacionales firmados y ratificados por Colombia, los que, de la forma en que se ha señalado, están por encima de códigos y leyes nacionales.

El sistema de prelación de las fuentes del derecho se completa con la “regla de la especialidad”. Con esta regla elemental ocurre lo mismo que ocurre, como lo hemos indicado, con el sistema de fuentes jurídicas: no se le brinda la atención debida y suele olvidarse su existencia al momento de resolver un caso jurídico. Esta regla, tan sencilla como elemental e importante, se encuentra regulada en Colombia en la Ley 57 de 1887, donde se regulan algunas reglas para dirimir la incompatibilidad que puede presentarse entre diversas normas legales. En el artículo 5 de dicha Ley se establece, en efecto, que la disposición relativa a un asunto especial se prefiere a la que tenga carácter general. Si tenemos, por ejemplo, una norma referida a contratos en general, pero también una norma en la que se regule un contrato específico, en torno al cual gira el caso que tenemos que resolver, la segunda norma deberá aplicarse para resolver dicho caso con preferencia a la primera norma. La regla a la que nos estamos refiriendo se debe aplicar, por supuesto, directamente al resolver el caso de que se trate. Sin embargo, también podemos encontrar esta regla reflejada legalmente, como ocurre en relación con las normas comerciales, que actúan como normas especiales frente a las civiles, lo cual se encuentra en el artículo 2 del Código Comercio de Colombia, conforme al cual a las cuestiones comerciales “que no pudieren regularse conforme a la regla anterior,<sup>33</sup> se aplicarán las disposiciones de la legislación civil.”

---

<sup>33</sup> Se refiere a la regla establecida en el artículo 1 del Código de Comercio: “Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas.”

### 3. Búsqueda de un resultado materialmente justo y derechos humanos

Tradicionalmente, las normas de derecho internacional privado (normas indirectas o de conflicto) han sido normas que se ocupan solo de ofrecer la denominada “justicia conflictual”, que se entiende satisfecha con la sola indicación de cuál es el ordenamiento jurídico que debe aplicarse para resolver una determinada situación jurídica privada internacional. Sin embargo, actualmente puede decirse que existe consenso sobre el hecho de que el derecho internacional privado ha de orientarse a la satisfacción de la “justicia material”, es decir, la que se ocupa no solo de observar la aplicación de determinado ordenamiento jurídico, sino de evaluar cuál es el resultado material que debe perseguirse al momento de resolver un caso referido a una situación jurídica privada internacional (Symeonides, 2001).

Hay varias formas a través de las cuales el derecho internacional privado puede responder a la justicia material. Una forma —que es la más acorde con la seguridad jurídica— consiste en legislar estableciendo normas conflictuales flexibles, es decir, normas conflictuales que ofrezcan, o bien a los particulares o bien al juez, la posibilidad de intervenir de manera activa en la escogencia de las autoridades a las cuales acudir para presentar el caso en cuestión o en la escogencia del ordenamiento jurídico que se aplicará finalmente para resolver dicho caso. Esto puede ser ilustrado mediante los artículos 6 y 8 de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias:<sup>34</sup>

Artículo 6: Las obligaciones alimentarias, así como las calidades de acreedor y de deudor de alimentos, se regularán por aquel de los siguientes órdenes jurídicos que, a juicio de la autoridad competente, resultare más favorable al interés del acreedor:

- a. El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor;
- b. El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor.

Artículo 8: Serán competentes en la esfera internacional para conocer de las reclamaciones alimentarias, a opción del acreedor:

- a. El juez o autoridad del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor;
- b. El juez o autoridad del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor, o

---

<sup>34</sup> Aprobada en Colombia por la Ley 449 de 1998.

c. El juez o autoridad del Estado con el cual el deudor tenga vínculos personales tales como: posesión de bienes, percepción de ingresos, u obtención de beneficios económicos.

Sin perjuicio de lo dispuesto en este artículo, se considerarán igualmente competentes las autoridades judiciales o administrativas de otros Estados, a condición de que el demandado en el juicio hubiera comparecido sin objetar la competencia.

No obstante, en Colombia, como ya hemos anotado, las normas de derecho internacional privado existentes en el plano nacional no se encuentran sistemáticamente codificadas y son, en su mayoría, normas antiguas que no fueron creadas conforme a esquemas de flexibilización, los cuales han sido desarrollados en tiempos relativamente recientes. En este sentido, en el actual estado de cosas, en Colombia cobra especial relevancia una segunda forma a través de la cual el derecho internacional privado puede responder a la justicia material. Esta segunda forma de responder a la justicia material consiste en tomar en cuenta los derechos humanos o fundamentales.

Por supuesto, los derechos humanos y fundamentales deben tenerse en cuenta para resolver cualquier caso jurídico. Pero ello no supone que las normas constitucionales o internacionales que los consagran pasen a suplantar las normas de las diversas ramas jurídicas, entre las que se encuentran las normas de derecho internacional privado. Lo que ello significa es que tales derechos, y las maneras como estos han sido configurados en las normas constitucionales o internacionales e interpretados por la Corte Constitucional, deben ser una especie de prisma a través del cual las normas de las diversas ramas jurídicas —entre ellas, las del derecho internacional privado— deben ser aplicadas en cada caso.

Un ejemplo de lo que acaba de explicarse se encuentra en la sentencia SU 768/14 del 16 de octubre de 2014. En esta sentencia la Corte Constitucional aplica normas del derecho internacional privado para satisfacer el derecho fundamental del debido proceso, el cual había sido vulnerado mediante una providencia judicial dictada precisamente sin tomar en cuenta las normas de derecho internacional privado que fueron consideradas por la Corte Constitucional en la sentencia. El fin que perseguía la Corte Constitucional responde a la justicia material, en cuanto apuntaba a la necesidad de asegurarse un resultado materialmente justo.

## **Cuarta parte: modelo de estructura para resolver casos de derecho internacional privado en Colombia**

### **1. Descripción general del modelo de estructura**

En esta parte, presentaremos un modelo de estructura que puede ser aplicado para resolver casos que constituyan una situación jurídica privada internacional. En esta parte se realizan, además, algunas precisiones sobre los puntos que conforman dicho modelo de estructura.

Como veremos, el esquema está compuesto por dos partes. A continuación describiremos grosso modo cada una de esas partes por separado.

#### **1.1. Primera parte del modelo de estructura**

La primera parte consiste en comprobar, por un lado, que la situación que se nos presenta configura una situación jurídica privada internacional. Esta comprobación debe encontrarse fundamentada jurídicamente.

Se recomienda partir de un análisis fáctico de la situación, es decir, un análisis basado en los hechos. Para ello se deben identificar con claridad y de forma separada, en primer lugar, los sujetos que participan en ella y, a continuación, los elementos (fechas, acontecimientos y lugares) jurídicamente relevantes. De este análisis fáctico deberá poder desprenderse la internacionalidad de la situación. Esto quiere decir que por lo menos uno de los elementos jurídicamente relevantes debe poder ser identificado como “internacional”. Esta evaluación implica un análisis jurídico, para el cual se recomienda tener como referencia el artículo 1, primer párrafo, de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, aprobada en Colombia mediante la Ley 21 de 1981, según el cual las normas de derecho internacional privado (incluidas en la Convención) aplican a “*situaciones vinculadas con derecho extranjero*”.

En relación con la aplicación de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado en Colombia, se debe hacer la siguiente aclaración. Al ser un tratado internacional, se ha indicado respecto de esta Convención que tiene solo un alcance *inter partes* (Orejudo Prieto, 2013), es decir, que solo aplica a situaciones que se relacionen

con los ordenamientos jurídicos de Estados que la han ratificado. En relación con ello se debe tener en cuenta que esta Convención ha sido considerada por la Corte Constitucional de Colombia para tratar un caso que involucraba a un Estado (Honduras) que no ha ratificado dicha Convención (ver: Sentencia SU 768/14 del 16 de octubre de 2014). De allí se puede derivar su aplicabilidad general por parte de las autoridades colombianas, más allá del ámbito de aplicación territorial restringido solo a los Estados que la han ratificado.

Por otro lado, esta primera parte implica determinar claramente cuál es la finalidad que persigue la persona interesada en la solución del caso, ya sea como cliente, demandante, demandado, interviniente o persona que formula la consulta. Después de tener esto claro, se podrá trazar la estrategia que habrá de seguirse al resolver cada uno de los puntos que componen la segunda parte del modelo de estructura.

### **Primera parte: análisis de la situación fáctica**

1. Sujetos que participan en la situación
2. Elementos jurídicamente relevantes, que pueden ser:
  - a. Fechas
  - b. Acontecimientos
  - c. Lugares
3. Internacionalidad de la situación: art. 1, Ley 21 de 1981(\*)
4. Determinación del problema jurídico: finalidad del interesado

(\*) Ley 21 de 1981: Ley aprobatoria de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.

### **1.2. Segunda parte del modelo de estructura**

En esta parte se deberá realizar un análisis jurídico más detallado y profundo, que podría resultar complejo en ciertos puntos. Por ello, se recomienda resolver esta parte con especial cuidado, sin perder de vista en ningún momento que se está resolviendo una situación jurídica privada internacional, dentro del ámbito del derecho internacional privado. Esto significa que



se están aplicando herramientas propias del derecho internacional privado, que han sido desarrolladas dentro de esta área jurídica específicamente para resolver ese tipo de situaciones. La aplicación de tales herramientas debe soportarse jurídicamente. Esto quiere decir que el uso de cada una de esas herramientas debe tener sustento en alguna de las fuentes del derecho aplicables en el ordenamiento jurídico colombiano, a las cuales se ha hecho referencia.

### **1.2.1. Punto de partida: la calificación**

Al comenzar a hacer el análisis jurídico de una situación privada internacional se debe partir de la calificación. Calificar consiste en establecer bajo qué ordenamiento jurídico se debe determinar la naturaleza jurídica de la situación que se esté analizando, o de un elemento esencial de dicha situación, por ejemplo, si se trata de un contrato, de un derecho real o de una sucesión. Sobre este asunto no hay en Colombia una norma general que haya sido legalmente establecida. Si la situación se refiere a una materia específica sobre la cual existiera un tratado internacional ratificado por Colombia que contenga una norma sobre calificación, entonces se debe aplicar dicha norma (ver: art. 1, primer párrafo, Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado; recordemos que en materia mercantil, es posible acudir a tratados no ratificados por Colombia, pero solo cuando no sea posible resolver la cuestión a través de las normas nacionales, ver: art. 7 del Código de Comercio). Si la situación se refiere a una materia sobre la cual exista regulación supranacional (v. gr. Decisión Andina) que contenga una norma sobre calificación, se debe aplicar dicha norma.

No existiendo norma nacional al respecto, y si no se contara con una norma internacional ni supranacional, se debe acudir a otras fuentes jurídicas para determinar de qué manera debe realizarse la calificación. Se recomienda tratar de determinar si existe un principio jurídico aplicable. Para ello es posible apoyarse en la jurisprudencia o en la doctrina. Si no existiera jurisprudencia nacional relativa a la calificación en el derecho internacional privado colombiano, se deberá acudir a la doctrina, en primer lugar, aquella producida por autores nacionales. En caso de que esta no sea de ayuda para la solución del caso concreto, habría que hacer una revisión de la doctrina elaborada por autores extranjeros.

En la doctrina se encuentran, en general, cuatro vías para realizar la calificación (Ochoa Jiménez, 2019, pp. 139-140). Primero, hacerlo mediante la ley del país que rige la situación jurídica (Herrán Medina, 1959, p. 225), o *lex causae* (Calero Tafur, 2016, p. 60). Segundo, resolverlo según la *lex fori*, esto es, atendiendo al ordenamiento jurídico del Estado del tribunal que está conociendo del caso (Herrán Medina, 1959, p. 225). Tercero, recurrir al método comparado para buscar similitudes entre varios países y realizar una abstracción que conduzca a una solución válida para diferentes sistemas (Calero Tafur, 2016, p. 60). Cuarto, atender a la calificación autónoma (Maekelt, 1984, p. 88), que supone la definición dentro de un instrumento jurídico (v. gr. un tratado) de las instituciones necesarias para ejecutar sus disposiciones (Monroy Cabra, 2016).

La calificación es, como hemos dicho, el punto de partida del análisis jurídico destinado a la solución de un caso de derecho internacional privado. En este sentido, se trata de un paso previo, que es la base para avanzar en la solución de los dos pasos generales en los cuales se subdivide la segunda parte del modelo de estructura. Esos dos pasos generales se refieren, respectivamente, a la necesidad de determinar si una autoridad colombiana, ya sea judicial o administrativa, es competente para conocer de la situación y en la necesidad de determinar el ordenamiento jurídico aplicable por dicha autoridad.

## **Segunda parte: solución del caso**

Punto de partida: calificación

### **1.2.2. Primer paso general: competencia internacional**

Comenzaremos por buscar solución a la cuestión sobre cómo determinar si una autoridad colombiana es competente para conocer de una situación privada internacional. Este asunto se relaciona con ciertos aspectos procesales. En el análisis que debe realizarse en esta parte, se resolverán los aspectos del caso en cuanto caso de derecho internacional privado. En este sentido, deben ser observadas ciertas reglas generales en el contexto del derecho colombiano. Lo primero y más importante es lo que tiene que ver con las normas atributivas de competencia internacional directa aplicables en virtud del ordenamiento jurídico colombiano.

En este sentido, debemos comenzar por establecer si la situación jurídica, o la materia a la que dicha situación se refiere, se encuentra regulada por un tratado internacional ratificado por Colombia, el cual contempla una norma atributiva de competencia judicial internacional (recordemos que en materia mercantil, es posible acudir a tratados no ratificados por Colombia, pero solo en la medida en que no sea posible resolver la cuestión a través de las normas nacionales, ver: art. 7 del Código de Comercio). Normas atributivas de competencia se encuentran, solo por mencionar algunos ejemplos, en la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (ver: supra, art. 8) y en los Tratados de Montevideo de 1889 sobre Derecho Civil (arts. 56 a 67) y Derecho Comercial<sup>35</sup> (por ej., art. 7). El mismo examen debe ser hecho en cuanto a la existencia de una norma supranacional (v. gr. Decisión Andina). Como ejemplo de esto último, se puede citar la Decisión 398 de la Comisión de la Comunidad Andina sobre Transporte Internacional de Pasajeros por Carretera (art. 116).

Si no existiera una norma internacional o supranacional, es posible aplicar las reglas de distribución de competencia que se encuentran en el artículo 28 del Código General del Proceso. Aunque estas reglas no han sido concebidas para ser aplicadas a situaciones jurídicas internacionales, su aplicación como fundamento legal de la competencia de las autoridades colombianas para resolver este tipo de situaciones puede tener lugar por extrapolación (Guerra Hernández, 2016).

Por otro lado, aparte de la atribución de competencia que puede estar basada en el artículo 28 del Código General del Proceso, se deben tener presentes las siguientes reglas generales relativas al proceso, que son aplicables en Colombia a los casos de derecho internacional privado:

— **Es posible la sumisión voluntaria.** Esto es posible por aplicación del artículo 139, segundo párrafo, del Código General del Proceso, según el cual: “El juez no podrá declarar su incompetencia cuando la competencia haya sido prorrogada por el silencio de las partes, salvo por los factores subjetivo y funcional.”

---

<sup>35</sup> Los Tratados de Montevideo de 1889 sobre Derecho Civil y Derecho Comercial fueron aprobados en Colombia por Ley 33 de 1992.

Al igual que hemos indicado en relación con el artículo 28 del Código General del Proceso, el artículo 29 del mismo Código no fue concebido para ser aplicado a situaciones jurídicas internacionales, pero su aplicación puede tener lugar por extrapolación (Guerra Hernández, 2016).

- **Se debe respetar la igualdad en cuanto a recursos**, como se encuentra contemplada en el artículo 4 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado: “Todos los recursos otorgados por la ley procesal del lugar del juicio serán igualmente admitidos para los casos de aplicación de la ley de cualquiera de los otros Estados parte que haya resultado aplicable.”
- **La cuestión previa y la cuestión principal pueden ser resueltas por ordenamientos jurídicos diferentes**. Esto se encuentra en el artículo 8 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado: “Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal no deben resolverse necesariamente de acuerdo con la ley que regula esta última.”

### **Segunda parte: solución del caso**

Primer paso general: competencia internacional

1. 1. Primero, tratados; si no hay tratado aplicable, normas nacionales: art. 1, Ley 21 de 1981(\*)
2. Si se trata de materia mercantil: art. 7, Código de Comercio
3. Extrapolación del artículo 28 Código General del Proceso
4. Comprobar si es necesario aplicar:
  - a. Sumisión voluntaria: extrapolación del art. 139 Código General del Proceso
  - b. Igualdad en cuanto a recursos: art. 4, Ley 21 de 1981(\*)
  - c. Independencia entre cuestión previa y principal: art. 8, Ley 21 de 1981(\*)
5. Resultado: determinación de la competencia internacional de las autoridades colombianas

(\*) Ley 21 de 1981: Ley aprobatoria de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado

### 1.2.3. Segundo paso general: ordenamiento jurídico aplicable

Una vez realizada la calificación de la situación jurídica que está siendo analizada y determinada la competencia de una autoridad colombiana para conocer y decidir, debe procederse a la determinación del ordenamiento jurídico que se aplicará para resolver el fondo de la situación en cuestión.

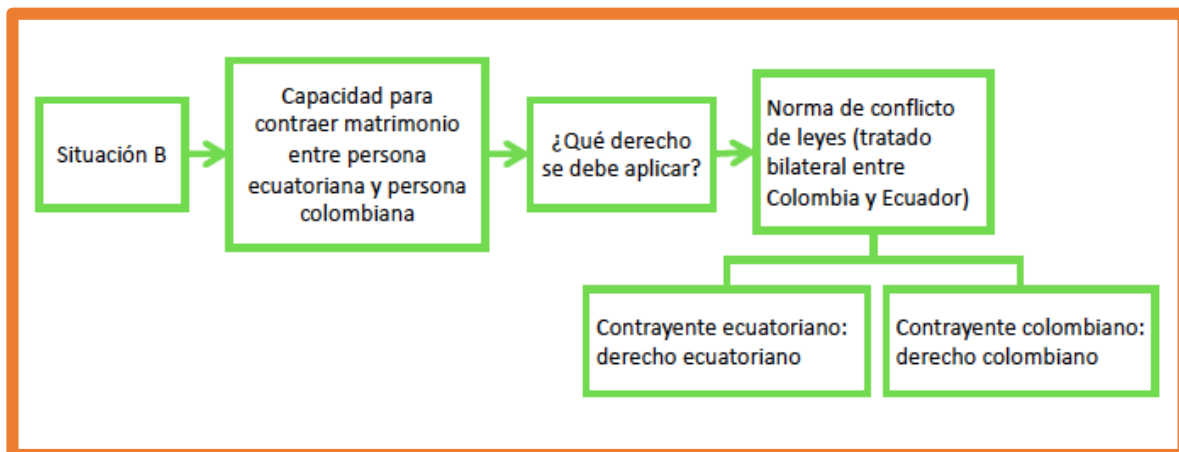
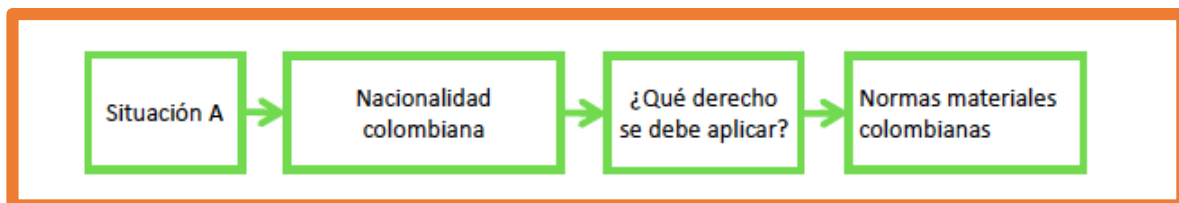
Al tener que decidirse en Colombia, el ordenamiento jurídico del cual se parte es el ordenamiento jurídico colombiano. Es este el ordenamiento jurídico que constituye *lex fori* (recordemos que, en el derecho internacional privado, este es el nombre que recibe el derecho del Estado en el cual se está decidiendo la controversia). Aquí, como hemos indicado al referirnos a la calificación y a la determinación de la competencia internacional de las autoridades colombianas, debemos tener en cuenta el sistema de prelación de las fuentes. Igualmente, no debemos olvidar la regla de la especialidad y la necesidad de buscar un resultado materialmente justo, que considere la posible relevancia particular de los derechos humanos o fundamentales.

Puede ocurrir que la solución del caso deba tener lugar conforme a normas materiales del ordenamiento jurídico colombiano. Si la solución del caso no debe realizarse conforme a normas materiales, entonces debemos aplicar el ordenamiento jurídico que indique una norma de conflicto de leyes (norma indirecta), en la medida en que al caso que estamos analizando le sea aplicable una norma de este tipo.

Para comprender lo indicado observemos las siguientes dos situaciones hipotéticas:

**Situación A:** Antja, de origen polaco, tiene 20 años viviendo en Colombia y piensa que, por el solo transcurso del tiempo y su permanencia ininterrumpida en Colombia, ha adquirido la nacionalidad colombiana. La cuestión central aquí es cómo podemos saber si Anja efectivamente tiene la nacionalidad colombiana. Esto se resuelve mediante aplicación de las normas constitucionales (artículo 96 de la Constitución Política de Colombia) y las normas legales y administrativas que, en desarrollo de las normas constitucionales, regulan lo concerniente a la adquisición de la nacionalidad colombiana. Todas estas son normas materiales que hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano.

**Situación B:** José, de nacionalidad colombiana, se quiere casar con Catalina, de nacionalidad ecuatoriana. José y Catalina tienen síndrome de Down y necesitan tener claridad sobre su capacidad para contraer matrimonio. No existe duda sobre la nacionalidad de cada uno de los futuros contrayentes. La cuestión central aquí es cómo determinar la capacidad para contraer matrimonio, cuando el mismo tenga lugar entre una persona de nacionalidad extranjera (ecuatoriana) y una persona de nacionalidad colombiana. Del ordenamiento jurídico colombiano hace parte el Tratado sobre Derecho Internacional Privado entre las Repúblicas de Colombia y Ecuador, que fue aprobado en Colombia a través de la Ley 13 de 1905. En dicho tratado se encuentra el artículo IX, al cual se ha hecho referencia anteriormente. Este artículo establece lo siguiente: “La capacidad jurídica para contraer matrimonio se juzgará por la ley nacional de los contrayentes”. Como ya se ha indicado, este artículo contiene una norma de conflicto de leyes que incorpora como factor de conexión la nacionalidad de los contrayentes. En este sentido, la capacidad para contraer matrimonio se rige por el ordenamiento jurídico del Estado de la nacionalidad de cada una de las personas que contraerá matrimonio. Así las cosas, la capacidad de José se determinará por el ordenamiento jurídico colombiano, mientras que la capacidad de Catalina se determinará según lo que se encuentre establecido en el ordenamiento jurídico de Ecuador.



Tenemos, entonces, dos panoramas. Primero, que el derecho aplicable a una situación jurídica privada internacional se encuentre *directamente* en las normas materiales del propio derecho colombiano, como ocurre en la situación A. Segundo, que el derecho aplicable se encuentre en normas de conflicto de leyes del ordenamiento jurídico colombiano que *indirectamente* contienen el derecho aplicable a la situación, como ocurre en la situación B. En ambos panoramas, pero muy especialmente cuando nos encontramos en un panorama del segundo tipo, existen ciertas cuestiones que deben resolverse teniendo en cuenta herramientas propias del derecho internacional privado, que han sido desarrolladas dentro de esta área jurídica específicamente para resolver las situaciones privadas internacionales.

A continuación, indicaremos las cuestiones más importantes que deben ser atendidas al resolver un caso de derecho internacional privado, pero, antes, debemos subrayar la importancia fundamental de que la respuesta a dichas cuestiones siempre se encuentre soportada jurídicamente, lo que quiere decir que deben estar sustentadas mediante las fuentes del derecho a las que se ha hecho referencia en este documento.

Las cuestiones propias del derecho internacional privado que deben ser tenidas en cuenta para resolver situaciones privadas vinculadas con derecho extranjero son las siguientes:

- **Alcance de la remisión.** Las normas de conflicto de leyes, como hemos indicado, resuelven las situaciones jurídicas privadas internacionales solo indirectamente, pues lo que hacen es remitir al ordenamiento jurídico que debe aplicarse. Una pregunta fundamental que surge en este punto tiene que ver con el tipo de remisión que está haciendo la norma de conflicto de leyes al establecer el ordenamiento jurídico que debe aplicarse para resolver el fondo del caso. Es posible identificar los dos siguientes tipos de remisión:

Primer tipo de remisión: la norma de conflicto de leyes está remitiendo solo a las normas materiales que regulan el tema en concreto (en el ejemplo anterior, las normas ecuatorianas y las normas colombianas que, respectivamente, rigen la capacidad para contraer matrimonio).

Segundo tipo de remisión: la norma de conflicto de leyes está remitiendo al ordenamiento jurídico en su conjunto, en cuanto sistema que incluye no solo normas materiales, sino también normas de conflicto. La segunda vía puede dar origen a lo que se conoce como “reenvío”, que se produce si el ordenamiento jurídico extranjero

aplicable contiene una norma de conflicto de leyes sobre el mismo tema, y esta norma de conflicto de leyes remite, a su vez, a otro ordenamiento jurídico.

En Colombia, al contrario de lo que ocurre en otros países —más allá de lo contenido en el artículo 101 del estatuto en materia de arbitraje nacional e internacional, al cual ya nos hemos referido— no hay legislación que regule especialmente de manera expresa qué tipo de remisión es admisible en el ordenamiento jurídico colombiano. Existe, no obstante, una regla general en la Convención Interamericana sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado, artículo 2, que dice lo siguiente:

Los jueces y autoridades de los Estados Partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada.

Como se puede observar, esta norma ordena a las autoridades que están decidiendo el caso que apliquen “el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable”. Es claro que los jueces de cada país aplican su derecho como un sistema, que no solo está compuesto por normas materiales, sino que también puede contener normas de conflicto. En este sentido, esta norma da lugar a considerar que, si no existe norma especial sobre reenvío, la remisión que hace norma de conflicto de leyes es una remisión del segundo tipo.

En cualquier caso, como ya se ha indicado, si fuera necesario para ilustrar o interpretar la legislación, lo que incluye la norma que hemos transcrito arriba, se recomienda tratar de determinar si existe un principio jurídico aplicable, para lo cual es posible apoyarse en la jurisprudencia o en la doctrina. Si no existiera jurisprudencia nacional relativa a este tema, se deberá acudir a la doctrina, en primer lugar, aquella producida por autores nacionales o la elaborada por autores extranjeros.

Además, no debe perderse de vista que en la solución de este tipo de casos se debe procurar encontrar un resultado materialmente justo, para lo cual habremos de apoyarnos, como ya se ha indicado, en el respeto de los derechos humanos o fundamentales.

- **Contenido del derecho extranjero.** Si la respuesta a la cuestión anterior implica la aplicación de un derecho extranjero, la autoridad que deberá aplicar ese derecho extranjero debe saber, previamente, cómo habrá de realizar dicha aplicación. La respuesta a esta cuestión se encuentra también el artículo 2 de la Convención



Interamericana sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado (Ley 21 de 1981), que mencionamos arriba y cuyo fragmento más relevante en este contexto se refiere a la exigencia de hacerlo de la misma forma como “lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable”. Importante es resaltar que no queda excluida la participación de las partes directamente involucradas en la situación de que se trate, quienes pueden “alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada”. Así mismo, se debe insistir en que, en caso de ser necesario, para ilustrar o interpretar la legislación, es posible recurrir a las demás fuentes del derecho: costumbre, principios, jurisprudencia y doctrina, para lo cual nos remitimos a las observaciones que al respecto se han realizado anteriormente.

- **Aplicación de una institución desconocida por analogía.** Una norma específica existe en la Convención Interamericana sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado (Ley 21 de 1981) para las situaciones en las cuales la aplicación de un derecho extranjero supone la aplicación de instituciones jurídicas o procedimientos, que no se encuentren regulados en el ordenamiento jurídico colombiano. En estos casos, las autoridades colombianas solo podrán negarse a aplicar esas instituciones o procedimientos si no encuentran en el ordenamiento jurídico colombiano instituciones o procedimientos análogos.

Esto debe ser así en virtud del artículo 3 de dicha Convención, que dice lo siguiente:

Cuando la ley de un Estado Parte tenga instituciones o procedimientos esenciales para su adecuada aplicación y no estén contemplados en la legislación de otro Estado Parte, éste podrá negarse a aplicar dicha ley, siempre que no tenga instituciones o procedimientos análogos.

Ha de insistirse en el hecho de que, si fuera necesario para ilustrar o interpretar esta norma, como cualquier otra norma incluida en la legislación colombiana, es recomendable indagar sobre la existencia principios jurídicos, para lo cual es posible apoyarse en la jurisprudencia o en la doctrina. Si no existiera jurisprudencia nacional relativa a este tema, se deberá acudir a la doctrina, en los términos a los cuales nos hemos referido anteriormente.

Además, no debe olvidarse que al resolver este tipo de casos se debe procurar encontrar un resultado materialmente justo, para lo cual habremos de apoyarnos, como ya se ha indicado, en el respeto de los derechos humanos o fundamentales, teniendo en cuenta que, como hemos apuntado en el acápite correspondiente, ello no supone que la

consideración de las normas constitucionales o internacionales que consagran dichos derechos anule el necesario análisis del sistema de fuentes del derecho colombiano.

- **Comprobación sobre la posible vulneración del orden público.** Sobre esta cuestión debemos tomar en cuenta, en primer lugar, el artículo 5 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado (Ley 21 de 1981), según el cual:

La ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considerare manifiestamente contraria a los principios de su orden público.

Si bien esta norma se refiere a la “ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado”, podemos entender que se hace referencia al derecho que sea aplicable en virtud de una norma de conflicto de leyes. Esta norma implica para las autoridades colombianas la posibilidad de no aplicar el derecho extranjero cuando este vaya en contra del orden público colombiano. Esta norma no dice nada, sin embargo, sobre qué es el orden público, en general, ni da directrices para determinar, en particular, qué debe entenderse por orden público colombiano.

Sobre el orden público en materia de derecho internacional privado existe, no obstante, significativa y relativamente abundante jurisprudencia en Colombia. Esta jurisprudencia ha sido producida por la Corte Suprema de Justicia en el marco de procesos de reconocimiento de sentencias extranjeras. De conformidad con el Código General del Proceso (artículo 607), es la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia la encargada de decidir en los procedimientos de exequatur, en los cuales se debe examinar que la sentencia cuyo reconocimiento se solicita no vaya en contra del orden público (artículo 606, numeral 2).

El concepto de orden público ha sido tratado profusamente por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha ido desarrollándose en el sentido de restringir su aplicación a los casos en los que el reconocimiento de la sentencia produzca efectos violatorios de derechos fundamentales, lo que se corresponde con el principio de cooperación que debe guiar dicho reconocimiento, tal como lo ha sostenido la doctrina (Madrid y Ochoa, s.f.). Por último, puede decirse que en este ámbito ha habido avances en materia de arbitraje comercial, por ejemplo, por aplicación del principio pro-reconocimiento (Madrid, 2018). Sin embargo, ello no es extensible a las demás materias.

Si bien esta jurisprudencia se refiere, como se ha dicho, al reconocimiento de sentencias extranjeras y no a la aplicación de un derecho extranjero en virtud de la remisión hecha por una norma de conflicto de leyes, es posible aplicarla también a este último tipo de situaciones. En este sentido, nos remitimos a dicha jurisprudencia, para tratar esta cuestión. De resaltar es la Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 27 de julio de 2011, Ref: exp. 11001-0203-000-2007-01956-00, Magistrada Ponente Ruth Marina Díaz Rueda.

- **Existencia de fraude a la ley.** En relación con esta cuestión, debe tenerse en cuenta el artículo 6 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado (Ley 21 de 1981). Dicho artículo dice lo siguiente:

No se aplicará como derecho extranjero, el derecho de un Estado Parte, cuando artificiosamente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado Parte.

Quedará a juicio de las autoridades competentes del Estado receptor el determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas.

Considerando las observaciones que han sido realizadas en cuanto al sistema de fuentes del derecho en Colombia, es recomendable que, para ilustrar o interpretar la legislación antes indicada, se acuda a las demás fuentes del derecho: costumbre, principios, jurisprudencia y doctrina, para lo cual nos remitimos a las observaciones que al respecto se han realizado anteriormente.

- **Vulneración de una norma de aplicación necesaria (norma de policía).** Esta cuestión, que no se encuentra regulada en la legislación colombiana, se refiere al uso de una importante herramienta propia del derecho internacional privado que permite asegurar que no dejen de cumplirse las normas que hayan sido dictadas, en cualquier momento, por las autoridades con facultad legislativa en Colombia, para proteger ciertos bienes jurídicos de interés para todos los habitantes del territorio colombiano (por ej., la seguridad o la salud pública). De tal manera que, si una norma de conflicto de leyes colombiana ordena que se aplique un derecho extranjero, y sucede que la aplicación de este derecho pondría en peligro la protección que una norma jurídica le brinda a un determinado bien jurídico de interés general, ese derecho no se aplicará porque va en contra de una norma de aplicación necesaria, cuya aplicación es de importancia vital para todos los habitantes de Colombia (las normas de este tipo también se denominan “normas de policía”).

Tomando en cuenta que la cuestión a la que nos estamos refiriendo en este punto no se encuentra regulada legalmente en Colombia, es posible recurrir a las demás fuentes del derecho, de la manera como que ya hemos referido. En particular, esta cuestión es tratada en la doctrina, a la cual es posible remitirse, tomando en consideración las observaciones que al respecto se han realizado anteriormente.

- **Existencia de conflicto móvil.** Puede ocurrir que, en una situación referida a un derecho real sobre un bien, las circunstancias fácticas que dan nacimiento a dicho derecho se comienzan a producir en un Estado (Estado A), bajo el ordenamiento jurídico de ese Estado, y posteriormente el bien es trasladado a otro Estado (Estado B), donde las circunstancias fácticas que dan nacimiento al derecho se encuentran reguladas de manera distinta. Esto da lugar a lo que se conoce como “conflicto móvil”, que es la cuestión referida a en qué medida es posible reconocer en el Estado B los efectos de las circunstancias fácticas que se hayan producido en el Estado A.

En relación con este tema, se debe tener en cuenta el Tratado de Montevideo de 1889 sobre Derecho Civil Internacional (Ley 33 de 1992), que en sus artículos 30 y 31 establece lo siguiente:

Artículo 30:

El cambio de situación de los bienes muebles no afecta los derechos adquiridos con arreglo a la ley del lugar en donde existían al tiempo de su adquisición.

Sin embargo, los interesados están obligados a llenar los requisitos de fondo o de forma exigidos por la ley del lugar de la nueva situación para la adquisición o conservación de los derechos mencionados.

Artículo 31:

Los derechos adquiridos por terceros sobre los mismos bienes de conformidad a la ley del lugar de su nueva situación, después del cambio operado y antes de llenarse los requisitos referidos, priman sobre los del primer adquirente.

Las normas de este Tratado son aplicables a las situaciones privadas internacionales vinculadas con el derecho de alguno de los Estados que lo hayan ratificado. No obstante, su aplicación más allá de ese ámbito podría tener lugar. Dado que, como hemos observado, las normas que hemos transcrito contemplan en materia de conflicto móvil la primacía de los derechos adquiridos en el Estado de origen, la aplicación de esta solución puede ser fundamentada en la existencia de un principio jurídico existente en esa dirección. Para ello, sería posible apoyarse en la jurisprudencia o en la doctrina. Si no existiera jurisprudencia

nacional relativa a este tema, se deberá acudir a la doctrina, en primer lugar, aquella producida por autores nacionales. En caso de que esta no sea de ayuda para la solución del caso concreto, habría que hacer una revisión de la doctrina elaborada por autores extranjeros.

- **Existencia de una situación válidamente adquirida.** Esta cuestión alude al interés que pueda tener un sujeto en saber si es posible que se reconozca la existencia de una situación, con relevancia jurídica, que se haya originado en un Estado extranjero. La respuesta a esta cuestión se encuentra en el artículo 7 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado (Ley 21 de 1981), que establece lo siguiente:

Las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado Parte de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en los demás Estados Partes, siempre que no sean contrarias a los principios de su orden público.

Es de tomar en cuenta que en esta norma se hace referencia a situaciones “válidamente creadas en un Estado Parte”, en relación con lo cual conviene recordar lo que hemos anotado antes sobre la posibilidad de aplicar esta Convención a casos que se relacionen con el derecho de un Estado que no la haya ratificado. En cualquier caso, la norma exige que la creación jurídica de la situación de que se trate debe haberse producido “de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan una conexión al momento de su creación”, leyes estas que pueden ser parte de ordenamientos jurídicos de diferentes Estados.

Por otra parte, se debe aclarar que el reconocimiento al que se refiere esta norma es diferente del reconocimiento de sentencias extranjeras, que regulan de manera particular los artículos 605 a 607 del Código General del Proceso, para el cual se exige el procedimiento de exequatur, y del reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros, regulado los artículos 111 a 116 de la Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el estatuto de arbitraje nacional e internacional, como ya se ha indicado. Obsérvese que aquí se está hablando de “situaciones” y que, más allá del hecho de que debe haberse creado “válidamente” en los términos que han sido anotados, no se hace ninguna especificación sobre la forma de su creación o surgimiento (o base legal) de la misma, para lo cual habrá de considerarse la ley u ordenamiento jurídico correspondiente.

- **Necesidad de realizar una aplicación armónica de varios ordenamientos jurídicos (adaptación).** Puede ocurrir que una situación jurídica vinculada con derecho extranjero pueda ser analizada a partir de los diferentes aspectos que la constituyen, por ejemplo, en el caso de un matrimonio entre personas de diferentes nacionalidades que se celebra en un país del cual ninguno de los contrayentes es nacional, podríamos distinguir la capacidad para contraer matrimonio, los requisitos para su celebración, etc., como diferentes aspectos de una misma situación jurídica. Podría ocurrir, bajo tal supuesto, que cada uno de esos aspectos se encuentre regido por un ordenamiento jurídico diferente. Las autoridades colombianas que deban conocer y decidir sobre una situación de ese tipo deberán tener en cuenta la solución que se encuentra en el artículo 9 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado (Ley 21 de 1981):

Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones.

Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea, se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto.

En esta norma se pone de manifiesto claramente a necesidad resolver los casos de derecho internacional privado procurando encontrar un resultado materialmente justo. Como se observa, la aplicación armónica de las normas de los diversos ordenamientos jurídicos con los cuales se relaciona una situación de este tipo, se debe orientar hacia la consecución de la finalidad de cada ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta, además, “las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”.

Los aspectos anotados que deben tenerse en cuenta al resolver el segundo paso general, referido al ordenamiento jurídico aplicable para resolver el fondo de la situación en cuestión, se encuentran resumidos en el cuadro que se muestra a continuación.

Dicho esquema estará seguido por dos cuadros que recogen, de forma completa, es decir, con las dos partes a las que nos hemos referido, el modelo de estructura que puede ser aplicado para resolver en Colombia casos constituidos por una situación jurídica privada internacional.

## Segunda parte: solución del caso

Segundo paso general: ordenamiento jurídico aplicable

1. ¿Aplicación de norma material (internacional, supranacional o nacional)?  
— Se aplica la norma material (internacional, supranacional o nacional) correspondiente.
2. ¿Aplicación de norma de conflicto de leyes (internacional, supranacional o nacional)?  
— Se determina el alcance de la remisión de la norma de conflicto, determinando si puede establecerse la existencia de reenvío.
  - a. Si el derecho colombiano resulta aplicable, se aplican las normas nacionales correspondientes.
  - b. Si un derecho extranjero resulta aplicable, se procede a determinar:
    1. el contenido del derecho extranjero: art. 2, Ley 21 de 1981(\*)
    2. si es aplicable una institución desconocida por analogía: art. 3, Ley 21 de 1981(\*)
    3. si hay vulneración del orden público colombiano: art. 5, Ley 21 de 1981(\*)
    4. si hay fraude al ordenamiento jurídico colombiano: art. 6, Ley 21 de 1981(\*)
    5. si hay vulneración de una norma de policía (de aplicación necesaria) colombiana
    6. si hay conflicto móvil: arts. 30 y 31, Ley 33 de 1992(\*\*)
    7. si una situación fue válidamente adquirida en el extranjero: art. 7, Ley 21 de 1981(\*)
    8. si es necesaria la aplicación armónica de varios ordenamientos jurídicos (adaptación): art. 9, Ley 21 de 1981(\*)

(\*) Ley 21 de 1981: Ley aprobatoria de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado

(\*\*) Ley 33 de 1992: Ley aprobatoria del Tratado de Montevideo de 1889 sobre Derecho Civil Internacional

## MODELO DE ESTRUCTURA PARA LA SOLUCIÓN DE CASOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN COLOMBIA

### Primera parte: análisis de la situación fáctica

1. Sujetos que participan en la situación
2. Elementos jurídicamente relevantes, que pueden ser:
  - a. Fechas
  - b. Acontecimientos
  - c. Lugares
3. Internacionalidad de la situación: art. 1, Ley 21 de 1981(\*)
4. Determinación del problema jurídico: finalidad del interesado

### Segunda parte: solución del caso

Punto de partida: calificación

Primer paso general: competencia internacional

1. Primero, tratados; si no hay tratado aplicable, normas nacionales: art. 1, Ley 21 de 1981(\*)
  2. Si se trata de materia mercantil: art. 7, Código de Comercio
  3. Extrapolación del artículo 28 Código General del Proceso
  4. Comprobar si es necesario aplicar:
    - a. Sumisión voluntaria: extrapolación del art. 139 Código General del Proceso
    - b. Igualdad en cuanto a recursos: art. 4, Ley 21 de 1981(\*)
    - c. Independencia entre cuestión previa y principal: art. 8, Ley 21 de 1981(\*)
  5. Resultado: determinación de la competencia internacional de las autoridades colombianas
- Segundo paso general: ordenamiento jurídico aplicable

1. ¿Aplicación de norma material (internacional, supranacional o nacional)?
  - Se aplica la norma material (internacional, supranacional o nacional) correspondiente.
2. ¿Aplicación de norma de conflicto de leyes (internacional, supranacional o nacional)?
  - Se determina el alcance de la remisión de la norma de conflicto, determinando si puede establecerse la existencia de reenvío.
    - a. Si el derecho colombiano resulta aplicable, se aplican las normas nacionales correspondientes.
    - b. Si un derecho extranjero resulta aplicable, proceder a examinar lo siguiente:
      1. contenido del derecho extranjero: art. 2, Ley 21 de 1981(\*)
      2. aplicabilidad de institución desconocida por analogía: art. 3, Ley 21 de 1981(\*)
      3. vulneración del orden público colombiano: art. 5, Ley 21 de 1981(\*)
      4. si hay fraude al ordenamiento jurídico colombiano: art. 6, Ley 21 de 1981(\*)
      5. vulneración de una norma de policía colombiana
      6. si hay conflicto móvil: arts. 30 y 31, Ley 33 de 1992(\*\*)
      7. situación fue válidamente adquirida en el extranjero: art. 7, Ley 21 de 1981(\*)
      8. necesidad de aplicación armónica de varios ordenamientos jurídicos: art. 9, Ley 21 de 1981(\*)
3. 5. Resultado: ordenamiento jurídico aplicable por las autoridades colombianas

(\*) Ley 21 de 1981: Ley aprobatoria de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado

(\*\*) Ley 33 de 1992: Ley aprobatoria del Tratado de Montevideo de 1889 sobre Derecho Civil Internacional



**PRIMER PARTE**  
Análisis de la  
situación fáctica

- Sujetos que participan en la situación
- Elementos jurídicamente relevantes:
  - Fechas
  - Acontecimientos
  - Lugares
- Internacionalidad de la situación

**Determinación del problema jurídico: finalidad del interesado**

Punto de partida: calificación

**SEGUNDA PARTE**  
Solución del caso

Primer paso general:  
competencia internacional

- Primero, tratados; si no hay tratado aplicable, aplicar normas nacionales
- Si es materia mercantil: art. 7, C.Co.
- Extrapolación del art. 28 C.G.P.

- Comprobar si es necesario aplicar:
- Sumisión voluntaria: art. 139 C.G.P.
  - Igualdad en cuanto a recursos
  - Independencia entre cuestión previa y principal

**Resultado: competencia internacional de las autoridades colombianas**

Segundo paso general:  
ordenamiento jurídico aplicable

¿Hay una norma material aplicable?

Sí

Se aplica norma material correspondiente.

No

- Aplicación de norma de conflicto de leyes
- Se determina el alcance de la remisión de la norma de conflicto (determinando si puede establecerse la existencia de reenvío).

Si el **derecho colombiano** resulta aplicable, se aplican las normas nacionales correspondientes.

- Si un **derecho extranjero** resulta aplicable, se procede a examinar los siguientes puntos:
- contenido del derecho extranjero
  - aplicabilidad de institución desconocida por analogía
  - vulneración del orden público colombiano
  - fraude al ordenamiento jurídico colombiano
  - vulneración de una norma de policía colombiana
  - conflicto móvil
  - situación fue válidamente adquirida en el extranjero
  - aplicación armónica de varios ordenamientos jurídicos

**Resultado: ordenamiento jurídico aplicable por las autoridades colombianas**

## Referencias citadas

- Aguiló Regla, J. (2015). Fuentes del Derecho, en: Fabra Zamora, J. L. y Rodríguez Blanco, V. (eds). Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho. Vol. 2. (pp. 1019-1066). México: UNAM. Disponible en:  
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/7.pdf>
- Álvarez Londoño, L. y Galán Barrera, D. (2001). Derecho Internacional Privado (Parte General). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Barrera Martínez, C. (2003). Notas de Derecho Internacional Privado. Parte General. Tunja: Búhos Editores.
- Bonnemaison, J. (2013). Curso de Derecho Internacional Privado. Caracas: Vadell Hermanos Editores.
- Bueno Guzmán, C. (1979). Los Principios Fundamentales del Derecho Internacional Privado en la Jurisprudencia de Colombiana. *Vniversitas*, 57, 23-54.
- Caicedo Castilla, J. (1967). Derecho Internacional Privado. Bogotá: Temis.
- Calero Tafur, M. (2016). Calificaciones. Un Problema sin Solución Ideal, en García Matamoros, L. y Aljure Salame, A. (eds.), *Teoría General del Derecho Internacional Privado*. Bogotá: Universidad del Rosario/Legis.
- Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J. (2014). *Derecho Internacional Privado*. 15ª edición. Volumen I. Madrid: Comares Editorial.
- Cock Arango, A. (1952). *Tratado de Derecho Internacional Privado*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- García Matamoros, L. y Aljure Salame, A. (eds.), *Teoría General del Derecho Internacional Privado*. Bogotá: Universidad del Rosario/Legis.
- García Maynez, E. (2002). *Introducción al Estudio del Derecho*. México: Editorial Porrúa.
- Gaviria Gil, J. (2013). Comentarios sobre las Nuevas Normas Colombianas en materia de Arbitraje Internacional. *Revista de Derecho Privado*, 24. Recuperado de [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0123-43662013000100011&lang=pt](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662013000100011&lang=pt)
- Gaviria Gil, J. (2015). The Puzzle of the Lack of Colombian Cases on the CISG. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 26, 289-328.
- González Martín, N. y Rodríguez González, S. (2010). *Derecho Internacional Privado*. Parte General. México: UNAM, p. 32.
- Guerra Hernández, V. H. (2016). Conflictos de Jurisdicción y Competencia en Derecho Internacional Privado, en García Matamoros, L. y Aljure Salame, A. (eds.), *Teoría General del Derecho Internacional Privado* (pp. 349-375). Bogotá: Universidad del Rosario/Legis.
- Herrán Medina, Á. (1959). *Compendio de Derecho Internacional Privado*. Bogotá: Editorial Temis.

- Kegel, G. (1982). Derecho Internacional Privado. Bogotá: Ediciones Rosaristas.
- Lecompte Luna, A. (1979). Esquema de Derecho Internacional Privado. Bogotá: Editorial Temis.
- Madrid, C. (2 mayo, 2018). Colombia: Principios aplicables al reconocimiento de laudos extranjeros. Cartas Blogatorias. Recuperado de <https://cartasblogatorias.com/2018/05/02/colombia-principios-aplicables-al-reconocimiento-de-laudos-extranjeros/#more-1596> [15-11-2018].
- Madrid, C. y Ochoa, J. (s. f). Problemas de Acceso Transnacional a la Justicia en el Derecho Internacional Privado. Perspectiva Latinoamericana. Recuperado de [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones\\_digital\\_XLI\\_curso\\_derecho\\_internacional\\_20\\_14\\_Javier\\_Ochoa\\_Claudia\\_Madrid.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XLI_curso_derecho_internacional_20_14_Javier_Ochoa_Claudia_Madrid.pdf)
- Maekelt, T. (1984)- Normas Generales de Derecho Internacional Privado en América, Caracas: Universidad Central de Venezuela.
- Manrique García, J. (2012). La Prueba de la Ley Extranjera en Colombia: Análisis Comparado. *International Law Review: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 20, 51-74.
- Mantilla Rey, R. (1982). Apuntes de Derecho Internacional Privado. Bogotá: Temis.
- Marín Fuentes, J. L. (2007). La Aplicación de la Ley Extranjera en Colombia. *Jurídicas*, 4 (2), 2007, 71-19.
- Marín Fuentes, J. L. (2014). Derecho Internacional Privado. Medellín: Universidad de Medellín.
- Marín Fuentes, J. L. (s. f.). Estado del Derecho Internacional Privado en Colombia y su enseñanza. Disponible en: <https://societip.files.wordpress.com/2013/12/ensec3b1anza-josc3a9-marc3adn-fuentes.pdf>
- Mills, A. (2016). The Private History of International Law. *The International and Comparative Law Quarterly*, 55 (1), 1-49.
- Mojica Gómez, L. (2003). Manual Práctico de Derecho Internacional Privado. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Monroy Cabra, M. (1999). Nuevas Tendencias del Derecho Internacional Privado y del Derecho Comparado de Familia. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 101, 73-100.
- Monroy Cabra, M. (2016). Tratado de Derecho Internacional Privado. Bogotá: Temis.
- Moreno Cordero, G. (2015). El Reconocimiento de Decisiones sobre Crisis Matrimoniales en el Marco de las Relaciones Hispano Colombianas. (Tesis, Universidad de Granada). Recuperado de <https://aplicacionesbiblioteca.udea.edu.co:2163/servlet/tesis?codigo=57835>
- Niboyet, J. P. (1951). Principios de Derecho Internacional Privado. México, D. F.: Editora Nacional.

- Ochoa Jiménez, M. J. (2019). Normas de Derecho Internacional Privado en Materia de Bienes: La Regla *lex rei sitae* en América Latina y Colombia. *Revista de Derecho Privado*, 37, 121-151.
- Ochoa Jiménez, M. J., Zapata Flórez, J. y Carrillo Gamboa, P. (2019). La Elección del Derecho Aplicable en el Derecho Internacional Privado en Colombia. *Estudios Socio-Jurídicos*, 21(1), 91-120.
- Orejudo Prieto, P. (2013). El Derecho Internacional Privado Colombiano ante la Ley Modelo OHADAC de DIPr. *Anuario Español de Derecho internacional privado*, XIII, 681-697. Disponible en: <http://eprints.ucm.es/27862/1/DIPr%20Colombia.pdf>
- Oviedo Albán, J. (2010). Obligaciones y Cargas de las Partes en la Compraventa Internacional de Mercaderías. *Revista de Derecho Privado*, 44. Recuperado de [https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com\\_revista/archivos/derechoprivado/pri74.pdf](https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri74.pdf)
- Pauwelyn, J., Wessel, R. y Wouters, J. (2012). *Informal International Lawmaking*. Oxford: Oxford University Press.
- Prada, M. A. (s. f.). La Integración del Derecho Internacional en el Sistema Colombiano, en: *Protección Multinivel de Derechos Humanos*, pp. 365-391. Disponible en: [https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh\\_pdf/PMDH\\_Manual.365-392.pdf](https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/PMDH_Manual.365-392.pdf)
- Rodríguez, M., Franco, J. y Bonilla, F. (2007). Régimen Jurídico Aplicable al Contrato Internacional: La Internacionalidad del Contrato. *Revista e-mercatoria*, 2, 18-76. Recuperado de <https://aplicacionesbiblioteca.udea.edu.co:2163/servlet/articulo?codigo=3626113>
- Roldán Pardo, J. (2010). El Estado del Arte del Concepto de Orden Público Internacional en el Ámbito del Derecho Internacional Privado y el Arbitraje. *Revista de Derecho Privado*, 44. Recuperado de [https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com\\_revista/archivos/derechoprivado/pri73.pdf](https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri73.pdf)
- Sotomonte, D. (2002). La Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y el Arbitraje Comercial Internacional. *Revista e-mercatoria*, 1 (2). Recuperado de <https://aplicacionesbiblioteca.udea.edu.co:2163/servlet/articulo?codigo=5140079>
- Symeonides, S. (2001). Material Justice and Conflicts Justice in Choice of Law, en: Borchers, P. y Zekoll, J. *International Conflict of Laws for the Third Millennium: Essays in Honor of Friedrich K. Juenger* (pp. 125-140). Nueva York: Transnational Publishers.
- Symeonides, S. (2016). *Choice of Law. The Oxford Commentaries on American Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Uribe Bernate, C. (2002). La Práctica del Arbitraje Internacional en Colombia, en: Kleinheisterkamp, J. y Lorenzo, G. (eds.). *Avances del Derecho Internacional Privado*

en América Latina: “liber amicorum” Jurgen Samtleben. España: Fundación de Cultura Universitaria, 701-718.

Zapata, A. (1999). Ley Aplicable al Fondo del Litigio y al Procedimiento en el Arbitramento internacional. *Revista de Derecho Privado*, 0 (4), 87-102.

Zapata, A. (2010). El Régimen Jurídico de los Contratos Internacionales en Colombia. *Derecho Internacional de los Negocios: Alcances*. Tomo III. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 15-58.

Zapata, A. (2013). La Norma Sustancial Aplicable al Arbitramento Internacional en Estatuto Arbitral Colombiano. *Análisis y Aplicación de la Ley 1563 de 2012*. Bogotá: Legis y Comité Colombiano de Arbitraje (pp. 417-427).

Zuleta Londoño, A. (2010). 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*, 44. Recuperado de [https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com\\_revista/archivos/derechoprivado/pri75.pdf](https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri75.pdf)

### **Sitios web esenciales**

Colombia:

- Corte Suprema de Justicia: <http://190.24.134.97:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- Corte Constitucional: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>

Organizaciones internacionales:

- Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado:  
[http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=home.splash](http://www.hcch.net/index_en.php?act=home.splash)
- Organización de los Estado Americanos (OEA):  
[http://www.oas.org/dil/esp/derecho\\_internacional\\_privado.htm](http://www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado.htm)
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI):  
<http://uncitral.org>
- Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit):  
<http://www.unidroit.org>

### **Publicaciones periódicas colombianas**

Disponibles en [www.redalyc.org](http://www.redalyc.org) (libre acceso):

- *Revista Colombiana de Derecho Internacional*. Pontificia Universidad Javeriana
- *Revista de Derecho Privado*. Universidad Externado de Colombia