

ANALISIS DE ALGUNOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS POR LAS CONVENCIONES APROBADAS EN LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, DE MONTEVIDEO

Dr. Leonel Pereznieta Castro
Profesor Titular de Carrera en la Universidad
Nacional Autónoma de México.
(En el presente trabajo se utilizó una parte del
material preparado por el autor, por encargo de
la O.E.A.)

I.- INTRODUCCION

En el mes de mayo de 1975, la Asamblea General de la O.E.A., en su Quinto Período Ordinario de Sesiones, resolvió convocar a una Segunda Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado (la primera se había celebrado en la Ciudad de Panamá, en enero de 1975). De esta manera encomendó al Comité Jurídico Interamericano la preparación de un proyecto de temario, informes, proyectos de convenciones y las correspondientes exposiciones de motivos.

Asimismo encargó a la Secretaría General de la propia Organización, la preparación de los documentos técnicos e informativos sobre los puntos del temario y la elaboración del presupuesto correspondiente.

El proyecto preliminar del temario de la Conferencia fue aprobado por el Consejo Permanente de la O.E.A., el 3 de diciembre de 1975 y para observaciones, fue enviado a los países miembros.

En este proyecto se acogieron las sugerencias formuladas por la XIX Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados, así como aquellos temas que no fueron abordados durante la Primera Conferencia.¹

El 24 de enero de 1979, fue aprobado el proyecto de temario, mismo que se envió, con las anotaciones correspondientes, antecedentes e información formuladas por el Departamento Jurídico de la Secretaría General de la Organización, a los Estados Miembros. Este nuevo proyecto comprendió doce temas.²

En la sesión preliminar de la Conferencia, celebrada el 23 de abril de 1979, se aprobó el Temario propuesto por el Consejo Permanente y sólo se eliminó el tema de la Compraventa Internacional de Mercaderías y se modificó el tema de los conflictos de leyes y ley uniforme sobre cheques de circulación internacional, así como el orden propuesto por el Consejo Permanente.

De esta manera, se discutieron once convenciones y se aprobaron ocho. Convenciones interamericanas sobre: Conflictos de Leyes en Materia de Cheques; conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles; Eficacia Extraterritorial de las

Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros; Cumplimiento de Medidas Cautelares; Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero; Normas Generales de Derecho Internacional Privado; Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado y el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Extratros o Cartas Rogatorias.

A continuación, analizaremos algunos de los principios establecidos por dichas convenciones, pero antes diremos algunas palabras sobre el método adoptado en la elaboración de las mismas.

II.- METODO ADOPTADO EN LA ELABORACION DE LAS CONVENCIONES

Los métodos adoptados en la elaboración de las Convenciones son tres: el de Ley Uniforme, el tradicional de Conflicto de Leyes y el Método Mixto, en el que se incluyen tanto disposiciones de ley uniforme como de conflictos de leyes.

1.- Método de Ley Uniforme: De acuerdo a este método se establecen en el tratado o acuerdo internacional normas materiales o sustantivas que deben ser aplicables de manera directa por los jueces nacionales de los países signatarios del tratado o acuerdo.

Este método tiene ventajas cuando en la materia objeto del tratado o acuerdo los sistemas jurídicos de los países en cuestión no tienen criterios establecidos, por lo que al elaborar una fórmula a nivel Convencional ésta podrá ser aceptable para todos los países signatarios.

También ha representado ventajas cuando mediante este método se logran fórmulas de transacción, como fue el caso de la Convención de La Haya sobre la Reglamentación de los Conflictos entre la Ley Nacional y la Ley del Domicilio, de 15 de junio de 1955, en la que los países europeos continentales por una parte y por la otra, Inglaterra, encontraron el concepto de "residencia habitual" como sustituto del domicilio en sentido tradicional (art. 5o.). Este método, por otro lado, ha sido utilizado desde el siglo pasado, como fue el caso de la Convención de París sobre Propiedad Industrial de 1883, hasta últimamente con la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de las Naciones Unidas de 11 de abril de 1980.

Sin embargo existe una desventaja en la medida que, si la naturaleza de las normas establecidas son materiales o sustantivas y, como se dijo, susceptibles de ser aplicadas directamente por los jueces nacionales de los países signatarios del tratado o acuerdo internacional, la interpretación puede variar de un juez a otro, provocando con ello una disparidad en la aplicación del instrumento internacional, lo que desafortunadamente es inevitable. Sin embargo, en el área interamericana abre la posibilidad de ratificación para los Estados Unidos de América y el Canadá, en la medida que estos países tienen un sistema de *Common Law* radicalmente distinto al sistema codificado que tienen el resto de los países.

Al método de Ley Uniforme pertenecen el Protocolo Adicional sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y las Convenciones sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros; Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero y, del Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado.

2.- Método Conflictual.- De acuerdo a este método, se establecen en el tratado o acuerdo internacional normas adjetivas o reglas de conflicto que deben ser aplicadas por los jueces nacionales de los países signatarios del instrumento internacional, con objeto de que ante la disparidad de normas materiales o sustantivas en presencia, pueda llegar a la norma nacional que le dará la respuesta directa. Se trata del método conflictual tradicional que evita, en gran medida, los inconvenientes señalados para el caso del método de Ley Uniforme, aunque, como es sabido, presenta algunas complicaciones como son la obtención del texto de la ley nacional designada aplicable y su interpretación, pero que, en el primer caso, su solución se encuentra planteada por la

Convención sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero y, en el segundo, por la jurisprudencia y la doctrina.³ Al método conflictual pertenecen las Convenciones sobre Conflicto de Leyes en Materia de Cheques, Sociedades Mercantiles y Normas Generales.

3.- Método Mixto.- De acuerdo a este método, se establecen en el tratado o acuerdo internacional, debido a la naturaleza de las materias de que trata, normas materiales o de Ley Uniforme y, cuando se requiere, normas conflictuales. Este método tiene ventajas en la medida que aporta cierta flexibilidad en la normatividad establecida en el instrumento internacional y, sobre todo, se logra una mayor adecuación en la regulación de que se trata. La desventaja que presenta, es ante el juez nacional encargado de aplicar una normatividad de este tipo ya que los procedimientos de interpretación, como ya se señaló, en los dos casos son distintos.

Al Método Mixto pertenece la Convención sobre cumplimiento de medidas cautelares.

III.- ALGUNOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS EN LAS CONVENCIONES

1.- Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias.- La Convención sobre la cual se basa el Protocolo, se encuentra restringida a actos en materia civil o comercial (art. 2o.), sin embargo, los Estados Partes pueden de manera opcional extender los efectos de la misma a materias laboral, criminal, contencioso —administrativo, juicios arbitrales u otras materias objeto de jurisdicción especial.

El Protocolo por su parte, establece la transmisión y diligenciamiento del Exhorto o Carta Rogatoria, este procedimiento se basa en los principios siguientes:

Se parte de la designación, por el Estado signatario, de una "Autoridad Central" que será el órgano de enlace para la transmisión de los Exhortos o Cartas Rogatorias. Este órgano tendrá, entre las funciones más importantes, determinar a su vez, al órgano jurisdiccional competente conforme a la ley interna para que lleve a cabo el diligenciamiento (art. 4o.). Esta función puede ser desempeñada, en la mayoría de Estados Latinoamericanos, por sus ministerios de justicia. En el caso de México, a falta de un ministerio de este tipo podrían desempeñar dicha función, ya sea la Procuraduría General de Justicia o la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Otro aspecto importante, es el establecimiento de formularios uniformes conforme a los cuales debe llevarse a cabo, tanto la petición como el propio diligenciamiento el que además, no requiere de legalización (art. 4o.), lo que reduce el tiempo y costo del procedimiento.

Se establece, por otra parte, la posibilidad de pagar los costos que signifique el trámite (art. 5o.), aunque éstos podrán declararse exentos bajo el principio de reciprocidad (art. 7o.).

2.- Convención sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros.

Siguiendo el criterio práctico establecido por la Convención sobre Exhortos en ésta, el ámbito de aplicación se limita a sentencias judiciales y a laudos arbitrales dictados en procesos civiles, convencidos a laborales, abriendo la posibilidad de que los Estados Partes la limiten a las sentencias de condena en materia patrimonial o bien, que se aplique igualmente a resoluciones que terminen el proceso, a los dictados por autoridades que ejerzan alguna función jurisdiccional y a las sentencias penales (art. 1o.).

La Convención obliga a conceder eficacia extraterritorial a las resoluciones extranjeras que cumplan con los requisitos (art. 2o.).

a).- Que vengan revestidas de las formalidades externas necesarias para que sean consideradas auténticas en el Estado de donde procedan;

b).- Que la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional y los documentos anexos que fueren necesarios según la presente Convención, estén debidamente traducidos al idioma oficial del Estado donde deban surtir efecto;

c).- Que se presenten debidamente legalizados de acuerdo con la Ley del Estado en donde deban surtir efecto;

d).- Que el juez o tribunal sentenciador tenga competencia en la esfera internacional para conocer y juzgar del asunto de acuerdo con la ley del Estado donde deba surtir efecto;

e).- Que el demandado haya sido notificado o emplazado en debida forma legal de modo sustancialmente equivalente a la aceptada por la ley del Estado donde la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional deban surtir efecto;

f).- Que se haya asegurado la defensa de las partes;

g).- Que tengan el carácter de ejecutoriados o, en su caso, fuerza de cosa juzgada en el Estado en que fueron dictados, y

h).- Que no contraríen manifiestamente los principios y las leyes de orden público del Estado en que pidan el reconocimiento o la ejecución.

Como puede apreciarse, existen dos tipos de requisitos generales: los formales (formalidades externas, traducción y legalización) y los procesales tradicionales (que el demandado haya sido notificado o emplazado, que se haya asegurado la defensa de las partes y que tengan el carácter de ejecutoriados o, en su caso, fuerza de cosa juzgada, en el Estado en donde fueron dictados).

Aparte de los requisitos anteriores, hay otros relacionados directamente con el Derecho Internacional Privado propiamente dicho: el aspecto de la competencia internacional y el de la contrariedad con el orden público.

Por lo que respecta al primero, es importante subrayar que la Convención le otorga al sistema jurídico interno del Estado en donde la sentencia debe surtir efectos, la posibilidad de determinar la "Competencia en la esfera internacional" del juez o tribunal para conocer y juzgar del asunto. Esto implica dos tipos de consideraciones. Que el juez o tribunal podría volver a conocer y juzgar el asunto de que se trate y, en su caso, decidir que la sentencia o el laudo no tiene "eficacia extraterritorial", al menos, en el Estado que se está pidiendo su reconocimiento o ejecución y por tanto podrá ser rechazado. En este sentido, existe una excepción (art. 4o.) que determina la posibilidad de que, a petición de parte interesada, pueda reconocerse eficacia parcial. El segundo aspecto es el de la Competencia internacional en este sentido, el reconocimiento extraterritorial va a dar lugar que el juez o tribunal nacional pueda proyectar un tipo de competencia diferente a la tradicional, es decir, que la Convención estará ampliando en este caso, la competencia regular establecida por las normas procesales internas.

A diferencia de la Convención que se comenta, en la que la determinación de competencia es de forma general, en la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial de La Haya, se establecen varios criterios para determinar la competencia del juez o tribunal de origen. Estos son (art. 10):

a).- Que el demandado haya tenido en dicho Estado, su residencia habitual, en el momento de la presentación de la demanda.

b).- Que el demandado haya tenido en dicho Estado, un establecimiento comercial, industrial o una sucursal, en el momento de la presentación de la demanda.

c).- Que la acción de que se trate tenga como objeto un inmueble situado en dicho Estado.

d).- Que el daño se haya producido en dicho Estado y que el autor del daño haya estado presente en ese lugar en el momento que ocurrió ese daño.

e).- Que las partes se hayan sometido expresamente a la jurisdicción del tribunal o juez de dicho Estado.

f).- Que el demandado haya contestado respecto del fondo de la cuestión, sin controvertir la competencia del tribunal o juez de dicho Estado, y

g).- Cuando la persona contra la cual el reconocimiento o ejecución de la sentencia se haga valer, sea a su vez actora ante el juez o tribunal del Estado de origen.

Existe por tanto una diferencia entre las dos Convenciones por lo que respecta ya sea a la competencia del juez o tribunal del Estado en el que solicita el reconocimiento o ejecución o a la competencia del Estado de origen. El aspecto sustancial de la diferencia estriba en que en la Convención de la O.E.A. se dejó el aspecto de la competencia en forma autónoma.

Por lo que se refiere al segundo aspecto relacionado con el Derecho Internacional Privado, el relativo al concepto del "orden público", se sigue la expresión empleada en el resto de las convenciones en el sentido de que no se contrarie "manifiestamente" a los principios y a las leyes de orden público del Estado requerido, tratando con ello de impedir en lo posible, que el juez o tribunal nacional aplique dicho concepto de manera indiscriminada.

3.- Convención sobre la Prueba e Información Acerca del Derecho Extranjero. Esta Convención, al igual que el resto de las Convenciones sobre derecho procesal, es un instrumento que complementa un amplio sistema de asistencia procesal. En esta Convención se sigue el sistema establecido por la Convención Europea sobre Información del Derecho Extranjero de 1968, al preverse, como en el caso del Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias antes comentada, una "Autoridad Central" que sirva de órgano encargado del procedimiento.

Otro aspecto importante de esta Convención es el hecho de que los informes rendidos no vinculen al Estado que los rinda, ni estará obligado a aplicar o hacer aplicar el derecho según el contenido de la respuesta proporcionada (art. 6o., 2o. párrafo), facilitando con ello la rapidez de la respuesta.

La Convención, por otro lado, como lo señaló el relator del proyecto definitivo, está "...rodeada de los elementos de seguridad que interesan a los estados participantes... (así como)... de la sencillez y agilidad que eficazmente convierten el Sistema de obtención de Pruebas e informes sobre Derecho Extranjero que resulta tan necesario en la vida internacional de los Estados y de los individuos..."⁴

Los medios que regula la Convención para obtener la prueba consisten en: (art. 3o.);

"a).- La prueba documental, consistente en copias certificadas de textos legales con indicación de su vigencia, o precedentes judiciales;

b).- La prueba pericial, consistente en dictámenes de abogados o expertos en la materia,

c).- Los informes del Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su derecho sobre determinados aspectos."

El inciso b) es quizá el más importante de señalar, en la medida de que dichos "abogados o expertos" pueden estar ubicados en el país de origen de las normas o bien, lo que es más importante, pueden ser abogados con ubicación en el país receptor, lo que disminuye sensiblemente el tiempo y por lo tanto el costo de obtención de la prueba. En este sentido el artículo 4o., tercer párrafo, establece que "...serán atendibles las solicitudes de otras autoridades que se refieran a los elementos probatorios indicados en los incisos a) y b) del artículo anterior", es decir, que establece la posibilidad de que sean los "expertos" del país receptor los que eventualmente puedan ofrecer dicha prueba.

La Convención, por otro lado, tiene especial significado, pues tiende a resolver uno de los problemas más importantes en la aplicación del derecho extranjero que es precisamente, la localización y prueba del texto legislativo externo. En este sentido, el procedimiento establecido es sumamente flexible y expedito, ya que la opinión que rinda el Estado receptor no implica formalismos que la detengan.

4.- Convención sobre el Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado.- Esta Convención regula las normas que rigen el domicilio en el sentido del Derecho Internacional Privado (art. 1o.) y establece que el domicilio de una persona física será determinado, en su orden, por las siguientes circunstancias (art. 2o.)

- a).- El lugar de la residencia habitual;
- b).- El lugar del centro principal de sus negocios.
- c).- En ausencia de estas circunstancias, se reputará como domicilio el lugar de la simple residencia;
- d).- En su defecto, si no hay simple residencia, el lugar donde se encontrare.

Como puede apreciarse, se establece una jerarquía decreciente de criterios; en el primero se hace referencia al hecho de la "residencia habitual" prescindiendo del aspecto subjetivo del "animus". La razón es simple; la determinación por el juez nacional del hecho de la "residencia" es relativamente fácil, sin embargo, la cuestión subjetiva implica un proceso interpretativo que además deba tomar en cuenta lo que cada derecho nacional entiende por la "voluntad" o el "ánimo" de residir o domiciliarse en un lugar determinado, lo que desvirtuaría el sentido de la Convención, es decir, al establecer un criterio conforme al cual pueda lograrse la determinación del domicilio de una persona pero desde el punto de vista internacional descarta cualquier referencia a los Sistemas nacionales ya que el Concepto del "domicilio" en cada uno de éstos variará necesariamente. Lo mismo sucede con el concepto de "Centro principal de sus negocios".

Debido a que no existe otro procedimiento viable, se optó por una jerarquización excluyente y de esa manera se pasa a la "simple residencia" y luego "al lugar donde se encontrare la persona".

Desafortunadamente la Convención no siguió este criterio de jerarquía para el caso de personas con dos domicilios, ya que el artículo 6 establece que:

"Cuando una persona tenga domicilio en dos Estados Partes, se le considerará domiciliada en aquél donde tenga la simple residencia y si la tuviere en ambos se preferirá el lugar donde se encontrare."

Es decir, que en vez de utilizar un criterio complementario como el del "centro principal de sus negocios" para el caso de duda se recurre a criterios de determinación más simples, llegando al absurdo de que una persona que tenga dos residencias habituales perfectamente establecidas en dos Estados distintos y en uno de ellos además el "centro principal de sus negocios", se le fijará como domicilio el de un tercer país en donde se encuentra transitoriamente.

5.- Convención sobre Conflicto de Leyes en Materia de Cheques.- A diferencia de las convenciones interamericanas anteriores y a semejanza de la Convención de Panamá de 1975 sobre el mismo tema,⁵ se le otorga al cheque un tratamiento autónomo que de acuerdo al relator del proyecto definitivo se debe "...al avance... (que han tenido)... las legislaciones bancarias de todos los países de América."

El artículo 1o. establece que "La capacidad para obligarse por medio de un cheque se rige por la ley del lugar donde la obligación ha sido contraída".

"Sin embargo, si la obligación hubiere sido contraída por quien fuere incapaz según dicha ley, tal incapacidad no prevalecerá en el Territorio de cualquier otro Estado Parte en esta Convención cuya ley considere válida la obligación."

Si en principio rige la *Lex Situs*, se establece como principio complementario el *favore negotii*, lo cual le otorga un amplio sentido de seguridad a la obligación contraída.

El artículo 2o. determina adecuadamente que todos los demás actos jurídicos relacionados con el cheque, como su giro, endoso, aval, etc., serán sometidos al principio *locus regit actum*⁶. También le otorga seguridad al desarrollo de la obligación crediticia a través de varios sistemas jurídicos ya que se complementa en este caso también con el principio del *favore negotii*.

Como principios complementarios para el caso de que los anteriores no pudieran ser determinados, en orden de importancia están el *lex loci executionis* y, en su defecto, el del lugar de emisión.

Determinada así la ley aplicable, ésta rige (art. 7):

- a).- Su naturaleza;
- b).- Las modalidades y sus efectos;
- c).- El término de presentación;
- d).- Las personas contra las cuales puede ser librado;
- e).- Si puede girarse para "abono en cuenta", cruzada, ser certificado o confirmado y los efectos de estas operaciones;
- f).- Los derechos del tenedor sobre la provisión de fondos y naturaleza de dichos derechos;
- g).- Si el tenedor puede exigir o si está obligado a recibir un pago parcial;
- h).- Los derechos del girador para revocar el cheque u oponerse al pago;
- i).- La necesidad del protesto u otro acto equivalente para conservar los derechos contra los endosantes, el girador u otros obligados;
- j).- Las medidas que han de tomarse en caso de robo, hurto, falsedad, extravío, destrucción o inutilización material del documento, y
- k).- En general, todas las situaciones referentes al pago del cheque".

6.- Convención sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles: En esta Convención se sigue el principio *lex loci constitutionis* y se complementa con el de la *lex loci executionis*. En efecto, para determinar la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución se aplica el primer principio (artículo 2o.) y para el ejercicio directo o indirecto de los actos comprendidos en el objeto social se estará a las leyes del Estado donde se realicen (art. 4o.). Este último criterio se sigue para determinar la competencia judicial (art. 6o.).

La Convención adopta el principio *lex loci constitutionis* ya establecido en el ámbito europeo⁷. En efecto, dicho principio se encuentra establecido en los artículos 52 a 66 del Tratado de Roma de 1957, pero con los límites impuestos por la Convención de Bruselas de 1968 sobre el Reconocimiento de las Sociedades y Personas jurídicas, que establecen que (art. 4o.) cualquier Estado contratante puede declarar aplicables sus propias leyes, cuando la Sociedad, no obstante haberse constituido en el territorio de otro Estado Parte, tenga su "sede efectiva" fuera de dicho territorio; por "sede efectiva" la Convención de Bruselas entiende el "lugar donde se encuentra su administración central" (art. 5o.) con lo que se evita que sociedades extrañas a los Estados parte puedan utilizar el medio de la *lex loci constitutionis* en un país parte de la Convención que obligue al cumplimiento de pocos requisitos y así lograr pleno reconocimiento en el resto de los países miembros; aunque está previsto que el ejercicio directo o indirecto de los actos comprendidos en el objeto social de la sociedad estará sujeto a las leyes del Estado en donde se realice, al no haber, como antes se señaló, en la Convención de Montevideo, dichas limitaciones, el principio de la *lex loci constitutionis* en sentido amplio puede provocar problemas en materia de reconocimiento, especialmente para los países latinoamericanos y particularmente en aquéllos que tienen regulaciones sobre la participación de la inversión extranjera en las sociedades.

7.- Convención sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.- Se trata, como su nombre lo indica, del soporte básico para la aplicación del resto de las Convenciones.

Los principios establecidos en esta Convención son: de igualdad en la aplicación de la ley (art. 2o.); de incorporación de la ley extranjera (art. 4o.); de impedimento de la aplicación de la ley extranjera (artículos 3o., 5o., y 6o.); de derechos adquiridos (artículos 7o.); de tratamiento de cuestiones incidentales (art. 8o.); y de Coordinación de Sistemas

Jurídicos (art. 9o.), con lo cual se cubre una amplia gama de posiciones legislativas y doctrinales. Principio de igualdad en la aplicación de la ley. El artículo 2o. establece que

"Los jueces y autoridades de los Estados Partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal y 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."

Esta disposición establece dos principios. El de la obligación por parte del juez nacional de aplicar el derecho extranjero por una parte y, por la otra, que al aplicarlo, lo haga de la misma manera como lo haría el juez del Estado de origen del dicho derecho.

En el primer caso se sigue la tradición convencional latinoamericana establecida desde el Protocolo Adicional a los tratados de Derecho Internacional Privado de Montevideo de 13 de febrero de 1889 (art. 2o.), y continuada en el Código de Derecho Internacional Privado de La Habana de 1928 (Código de Bustamante) (Título Séptimo, art. 408) y en el Protocolo Adicional de Montevideo de 19 de marzo de 1940 (art. 2o.) de la aplicación de oficio por el juez nacional de la ley Extranjera declarada aplicable.

El segundo caso, el de la igualdad en la aplicación del derecho extranjero, se refiere a la limitación que en este sentido tiene el juez nacional para evitar una "desnaturalización"⁸ de ese derecho Extranjero y para que, eventualmente, una sentencia dictada por un juez distinto pueda ser reconocida, incluso en el país del que procede el derecho aplicado.

Incorporación de la ley Extranjera.- El artículo 4o. establece que:

"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 Partes, que haya resultado aplicable".

Conforme a este principio, la ley Extranjera aplicable pasa a formar parte del sistema jurídico nacional y de esa manera puede ser objeto, al igual que el resto de las normas nacionales, de los recursos otorgados a éstas. Se trata en otras palabras de la aceptación tácita que la norma Extranjera se "incorpora" al sistema jurídico nacional.⁹

Impedimento de aplicación de la ley Extranjera designada aplicable.- Los artículos 3o., 5o., y 6o., establecen respectivamente que:

"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, este podrá negarse a aplicar dicha ley, siempre que no tenga instituciones o procedimientos análogos."

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

"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."

Los dos últimos casos, como se podrá observar, contemplan a los tradicionales conceptos del "orden público" y del "fraude a la ley". Pero existen modalidades que es conveniente comentar. Respecto del concepto del "orden público" y como ya se mencionó anteriormente, se agregó el término "manifiestamente" para evitar que de manera indiscriminada, el juez nacional pueda declarar que tal o cual ley Extranjera es contraria a su orden público. En el caso del concepto del "fraude a la ley", la convención es amplia en su dispositivo al establecer que en cualquier caso y no sólo cuando se defraude a la ley del juez de la causa, habrá que aplicar dicho dispositivo; con lo que se va más allá de lo que tradicionalmente se había manejado dicho concepto.

El primer caso, el del artículo 3o., se trata a un caso distinto, el de la llamada "Institución Desconocida" que no tiene el aspecto de contrariedad que implica el concepto del orden público ya que se tratará principalmente de una institución no contemplada por el sistema jurídico nacional del juez encargado de aplicar la ley en cuestión.

Sin embargo dicha disposición establece en su parte final "...siempre que no tenga instituciones o procedimientos análogos" con lo cual se hace referencia a lo que la doctrina

ha llamado la "aproximación" o la "adaptación" de la ley Extranjera.¹⁰ Se trata del caso conforme al cual, si bien no existe la institución de que se trate en el sistema jurídico nacional, por "aproximación" o "adaptación" podrá lograrse la aplicación de una institución parecida como sería por ejemplo, en el caso del divorcio, la separación de cuerpos. Derechos adquiridos.- El artículo 7, establece que:

"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".

Se trata, como puede observarse, de la consagración de la antigua doctrina de los *Vested rights* o derechos adquiridos¹¹, lo que demuestra que todavía en varios de los participantes a la Conferencia está presente esta idea.

Tratamiento de cuestiones incidentales.- El artículo 8 establece que:

"Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal no deban resolverse necesariamente de acuerdo con la ley que regula esta última".

La novedad en esta disposición consiste en que, en contra de lo que tradicionalmente se ha aceptado,¹² se establece la posibilidad de una conexión autónoma. El problema que ello puede representar, además de no lograrse una correcta coordinación de sistemas jurídicos, es el del parcelamiento del derecho Extranjero aplicable que eventualmente puede comprometer a la función del juez nacional encargado de su aplicación.

Coordinación de sistemas jurídicos (art. 9).- Esta disposición establece que:

"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."

Esta disposición tiene dos aspectos, el primero se refiere a la Coordinación de Sistemas Jurídicos y el segundo a la Cuestión de la Equidad.

Por lo que se refiere al primero de los principios, se consagra la teoría de Henri Batiffol¹³ conforme a la cual la interpretación que se haga de una determinada relación jurídica deberá ser acorde con la normatividad con base en la cual fue creada a fin de garantizar la continuidad internacional de las relaciones humanas. El segundo de los principios difiere del primero en la medida que establece un procedimiento casuístico y basado en la equidad que no necesariamente tiene en cuenta la continuidad de las relaciones jurídicas a nivel internacional. Este proceder ha sido defendido en los Estados Unidos de América por Cavers.¹⁴

El problema que esta disposición presenta es que el resultado que obtendrá el juez nacional cuando emplee uno u otro procedimiento será diferente y, eventualmente, radicalmente distinto, lo que no resulta muy conveniente en una disposición cuyo objeto es precisamente el establecer normas generales de aplicación para el resto de los tratados.

Convención sobre cumplimiento de medidas cautelares. La Convención determina como "medidas cautelares" a "todo procedimiento o medio que tienda a garantizar los resultados o efectos de un proceso actual o futuro en cuanto a la seguridad de las personas, de los bienes o de las obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa específica, en procesos de naturaleza civil, comercial, laboral y en procesos penales en cuanto a la reparación civil". Sin embargo, los Estados Partes podrán declarar que limitan a la convención a "alguna o algunas de las medidas cautelares previstas (art. 1o.).

En cuanto al alcance la Convención, el artículo 2o., establece que su fin es dar cumplimiento a medidas decretadas por autoridades jurisdiccionales "competentes en la esfera internacional", cuando dichas medidas tengan por objeto.

"a) El cumplimiento de medidas necesarias para garantizar la seguridad de las personas, tales como custodia de hijos menores o alimentos provisionales; y

b) El cumplimiento de medidas necesarias para garantizar la seguridad de los bienes, tales como embargos y secuestros preventivos de bienes inmuebles y muebles, inscripción de demanda y administración e intervención de empresas."

La Convención sigue el principio establecido por otras convenciones interamericanas anteriores¹⁵ en el sentido de sujetar tanto la procedencia de la medida cautelar como la ejecución misma, a las leyes del Estado requerido; sin embargo, se establecen ciertas disposiciones que quedan sujetas a las leyes del Estado requirentes, con lo que se flexibiliza el procedimiento y se convierte en una verdadera asistencia judicial.¹⁶

Otro principio que tiende a facilitar el proceso es el establecido por el artículo 6, que a la letra dice:

"El cumplimiento de medidas cautelares por el órgano jurisdiccional requerido, no implicará el compromiso de reconocer y ejecutar la Sentencia Extranjera que se dictare en el mismo proceso."

Lo cual además, es una confirmación de la autonomía de las medidas cautelares respecto a la Ejecución de Sentencias a diferencia de lo que se estableció en el pasado.¹⁷

Sin embargo en materia de custodia de menores el juez del Estado requerido podrá limitar, "con alcance estrictamente territorial"; los efectos de la medida en espera de la resolución definitiva del juez requirente (art. 9o.).

Se establece por otra parte, la obligación de que las autoridades jurisdiccionales deban cumplir medidas conservatorias o de urgencia, a solicitud fundada de parte, siempre y cuando su finalidad sea garantizar el resultado de un litigio pendiente o eventual y el bien o derecho objeto de la medida se encuentre dentro de la jurisdicción del juez requerido (art. 10).

Finalmente, se establece que a falta de competencia por parte del juez requerido éste estará obligado a transmitir de oficio "los documentos y antecedentes del caso" a autoridad judicial competente en el propio país del juez requerido evitando con ello una devolución al juez requirente (art. 11).

NOTAS

1.- En este sentido, c.f.r.

Actas y Documentos de la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, volumen I, O.E.A. / S.e.r. K / XXI.2, CIDIP/ II/103, 22, enero 1980, p. 13.

2.- Protocolo sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y Protocolo adicional sobre recepción de pruebas en el extranjero (estos temas fueron propuestos por los E.U.A. y se consideran además de las aplicaciones sobre temas aprobados por la CIDIP/I); cumplimiento de medidas cautelares decretadas en procesos judiciales en materia civil o comercial; prueba del derecho extranjero e información sobre normas jurídicas vigentes en los países americanos; conflictos de leyes y ley uniforme sobre cheques de circulación internacional; sociedades mercantiles; personalidad y capacidad en el Derecho Internacional Privado; domicilio en el Derecho Internacional Privado; reconocimiento y ejecución de sentencia judiciales extranjeras; compraventa internacional de mercaderías; transporte marítimo internacional, con especial referencia a los conocimientos de embarque y normas generales en el Derecho Internacional Privado.

3.- En México, la Suprema Corte de Justicia ha afirmado que "...cuando las partes invoquen derecho Extranjero, no sólo deben probar su Vigencia, sino además su aplicabilidad a los hechos afirmados..."; en: Foro de México, No. 59, 1o. de febrero de 1958 pp 24 y

25. La doctrina por su parte sigue dos grandes corrientes principalmente, conforme a las cuales se interpreta la aplicación del derecho Extranjero. La corriente italiana que, con diferentes variantes, considera que el derecho Extranjero pasa a formar parte del derecho nacional, en este sentido cfr. Pacchioni, *Diritto Internazionale Privato*, Padua, 1935, 2a. ed; Ago, Roberto, *Règles générales des conflits des lois*, en; Recueil des Cours, 1936, T. IV, pp. 243 y ss. Esta tesis fue seguida en México por Eduardo Trigueros; *Estudios de Derecho Internacional Privado*, México, Ed. UNAM, 1980, pp. 150 y ss. La doctrina inglesa, por otra parte, que se inicia con el famoso caso *Mostyn vs. Fabrigas* de 1774, considera al derecho Extranjero como un hecho en el proceso y por tanto susceptible de prueba. Esta concepción fue seguida por el derecho francés, en este sentido cfr. Batiffol y Lagarde, *Droit international privé*, Paris. Ed. L.G.D.J., 7a. ed. 1981, T. I., pp. 380 y ss. y Zajtay, Imre, *Problemas fundamentales derivados de la aplicación del derecho Extranjero*, en; Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, año XI, Núm. 33, septiembre-diciembre 1978. A su vez, esta concepción fue recogida por el derecho mexicano; artículos 86 del Código Federal de Procedimientos Civiles y 284 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en este sentido cfr. Pereznieto Castro, Leonel, *Derecho Internacional Privado*, México, Ed. Harba, 1981, 2a. ed. pp. 236 y ss.

4.- Actas y Documentos, CIPID-II-Tomo I, op. cit. p. 260.

5.- La Convención de Montevideo que se comenta es igual, salvo en dos artículos, a la Convención de Panamá de 1975, esto dio lugar a un acalorado debate en el cual el maestro José Luis Siqueiros, de la Delegación de México, se opuso a su aprobación por considerarla una "calca" de un viejo proyecto elaborado en 1973 y presentado en Panamá y que no se habían tomado en cuenta los modernos desarrollos en la materia que apuntaban hacia la necesidad de elaborar una ley uniforme.

6.- En este sentido también están los dispositivos del tratado de Derecho Comercial Terrestre de Montevideo de 1940 (artículo 33), y la Convención de Ginebra sobre conflictos de leyes en materia de cheques de 1931 (artículo 7o.).

7.- En la Convención de La Haya de 1956, sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades, asociaciones y fundaciones extranjeras (artículo 1o.), se establece el principio de registro y publicidad. En el proyecto austriaco de la ley de introducción al Código Civil, en materia de Derecho Internacional Privado de 1978, se establece como principio (artículo 10,) "el Derecho del Estado en el cual el sujeto de derecho tiene su sede efectiva y su dirección principal."

8.- La "desnaturalización" de la ley Extranjera ha sido objeto de estudio a partir de la sentencia de la Corte de Casación Francesa *Montefiore Vs. Colonia del Congo Belga*, de 21 de noviembre de 1966 en la cual, dicha Corte opinó que el juez de la causa había desconocido "...el sentido claro y preciso" del texto legal Extranjero, en este sentido cfr. Batiffol y Lagarde, op. cit., pp. 398 y 399.

9.- C. fr. Nota No. 3.

10.- En este sentido, cfr. Raape, en Recueil des Cours, No. 50, 1934, pp. 477 y ss.; Cansacchi, en Recueil des Cours No. 83, p. 8 sig.; Lewald, *Regles generales des conflits de lois*, en Recueil des Cours, 1939, T. III. p. 128 y sig.

11.- A este respecto el relator comentó que "esta disposición tiene una serie de elementos que configuraron motivo de amplias y detenidas discusiones. Uno de ellos se relacionó con la objeción principal formulada a esta disposición y consistía en reemplazar la expresión "relaciones jurídicas", por la de "situaciones jurídicas", la cual se estimó mucho más amplia y adecuada, ya que plasmaba la teoría que ha sustituido a la de los derechos adquiridos, la cual para muchos se encuentra superada". Actas y Documentos, op. cit., p. 289.

12.- Sobre todo desde el famoso caso *Ponnoucanamalle Vs. Nadidimontoppelle*, decidido por la Corte de Casación Francesa en 1931. Respecto de los comentarios a este caso y la doctrina que se desarrolló al respecto, cfr. Azevedo Moreira, Fernando, *Da*

questao previa em Direito Internacional Privado, Coimbra, Ed. Centro de Direito Comparado da Faculdade de Direito de Coimbra, 1968 y Goldschmidt, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1977, 3a. ed. pp. 96 y sig.

13.- Batiffol, Henri, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Ed. Dalloz, 1956.

14.- Principalmente en, Cavers, David, E., *The choice of Law Process*, Michigan, Ed. Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1965 y *A critique of the choice of Law Prodem*, en: *Harvard Law Review*, 1933, NO. 47, p. 173.