Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx www.derecho.unam.mx

LA APLICACIÓN DE LEY PROCESAL EXTRAÑA Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA

JORGE ALBERTO SILVA

1. PROPÓSITO

Deseamos presentar las raíces tanto legales como doctrinales del cómo es posible aplicar dentro del territorio de un Estado, la ley procesal de otro, a partir del desarrollo habido a lo largo de la historia, para concluir con algunas reflexiones político-jurídicas que nos permitan algún día proponer la mejor ley procesal aplicable.

2. DERECHO ROMANO

Casi por inercia, los estudiosos de alguna institución jurídica, suelen partir del pueblo romano (y en ocasiones desde antes), aún cuando el pueblo romano no originó la institución que se busca.

Para satisfacer la curiosidad, baste sólo anotar que los estudios que de la historia del derecho romano poseemos, no listan ninguna obra o trabajo de romano, donde se hubiera tratado de explicar la posibilidad de aplicar ley procesal diversa a la romana.

Pero aún suponiendo que el viejo jurista romano no hubiere construido teoría o doctrina que explicará el fenómeno jurídico, eso no quiere decir necesariamente que la ley no lo hubiese regulado, por lo que es preciso buscar en la ley.

Así, buscando ahora dentro del fenómeno jurídico (es decir, en las leyes, no en la doctrina) la respuesta a la interrogante de si el derecho romano permitía aplicar ley procesal extraña, la verdad es que de los textos legales romanos conocidos hasta hoy, no tenemos evidencia de que se hubiese permitido, lo que nos lleva a sostener que durante esos viejos tiempos la ley procesal aplicable era la ley territorial, es decir, la *lex fori*.

Acaso se nos pueda ocurrir que el *pretor peregrinus* (al que se le permitió no aplicar la ley cibil) aplicó ley procesal extraña. Es cierto que el pretor inicialmente para solucionar conflictos entre romanos y peregrinos, o entre peregrinos, tal vez aplicó ley sustancial extraña. Pero adviértase bien, ley sustancial extraña, no ley procesal extraña.

La solución a un conflicto entre no romanos, llegó a conformar lo que se conoce como derecho pretorio, que era un conjunto de normas diversas al *ius civile* e inspirado en el *ius naturale*. Por lo general el derecho pretorio estuvo conformado más por el *ius gentium* que por derecho extranjero. Y ese *ius gentium* fue más producto de la genialidad del pretor en busca de la justicia. Para efectos posteriores pongamos atención al hecho de que el procedimiento se implementaba en atención al litigio planteado y su solución.

En todo caso creemos, que si bien en lo procesal el pretor no aplicó la ley romana, sino el *ius gentium* que poco a poco fue contruyendo hasta conformar lo que se conoce como procedimiento formulario, tal procedimiento formulario no fue producto de norma extranjera, sino producto del mismo genio romano y cuya fuente y origen estuvo en el magistrado romano.

Luego entonces, ni en la época de los reyes, de la república o del imperio romano (de oriente y occidente) encontramos la posibilidad de aplicar ley procesal extraña.

3. EDAD MEDIA

Tras la caída del imperio romano de occidente, los movimientos migratorios, las diversas luchas habidas y otras actividades políticas y militares, el poder en Europa se resquebrajó y los que salieron más airosos fueron los terratenientes que se convirtiéron en señores feudales.

El Sacro Imperio Romano Germánico más que ser una realidad, fue un ideal, y al amparo de ese ideal, tanto los glosadores cómo los postglosadores reviviéron el viejo derecho romano y se impuso por la razón como derecho común.

Básicamente mediante la interpretación del derecho romano se apoyó la unidad y superioridad de la iglesia, pero también los intérpretes (los glosadores) aparecidos en las recién surgidas universidades (la de Bolonia la más destacada) tuvieron que resolver los problemas que se planteaban.

Por la época se pensó que la legislación de cada ciudad era una excepción que derogaba a la lex romana. Los "fueros" dados a cada ciudad, comprendían leyes en las que se daba tratos especiales a personas o cosas (estatutos personales o reales), debían o no ser respetados en un territorio o ciudad diversa.

Prácticamente se llego a la conclusión de que los estatutos personales se debían de reconocer en cualquier otro lugar y que en el problema de ¿cómo tratar a las cosas? estas se debían regir conforme a las prerrogativas que para ellas se habían reconocido según su ubicación.

Hasta ese momento, las normas procesales no parecieron tener problema.

Los problemas entre comerciantes y los movimientos migratorios de comerciantes, auspicio a los glosadores, pero en especial a los postglosadores, el tener que decidir cuando se aplicaban los estatutos personales y reales.

Nótese, que los problemas de aplicación de norma extraña no se planteaban como problemas entre estados diversos cómo se da en la actualidad, sino cómo problemas entre estatutos de dos ciudades, regidos a su vez bajo el derecho común (derecho romano), de ahí que sea más fácil de comprender el porqué se ponía más atención a la extraterritorialidad, que a la importación.

Poco a casi nada sobre ley procesal existió. Citemos por ejemplo a Acursio, quien trató de resolver el cómo puede ejecutarse en otra provincia o ciudad, lo decidido en otra, hecho que hoy se afirma, implica aparentemente reconocimiento de la fuerza legal de otros gobiernos o estados.

Es muy probable e hipotético que debido a que el Fuero Juzgó (663) consideraba (cómo otras leyes de la época) entre otros funcionarios a los juzgadores como "defensores de la ciudad", esta función haya llegado a matizarse en la Alta Edad Media como defensa territorial, sometiendo la territorialidad de la ley (cuando menos en la región peninsular).

Recordemos por lo pronto, que los "fueros" para cada ciudad, no correspondían a un conjunto de normas "dadas' a cada ciudad, sino más bien de normas "reconocidas" a cada ciudad, lo que significaba no sólo que cada ciudad o provincia era más independiente de como hoy son, sino que además, su poder o fuerza era igual o mayor que la del mismo monarca.

4. PRIMEROS INTENTOS DE EXPLICACIÓN

Las explicaciones al problema en qué casos y porqué se puede aplicar ley extraña, prácticamente provienen de la época de los postglosadores.

Pero antes, para fines de presentación del trabajo, permítasenos partir la historia de las ideas, en dos grandes porciones que atienden a un fenómeno real y concreto.

Por un lado aglutinamos a las ideas aparecidas antes del surgimiento del Estado Moderno, y donde prácticamente las ideas ponen más atención a los conflictos interprovinciales (sólo los existentes en el imperio romano germano) y las ideas que aparecen luego de constituido el Estado Moderno, donde las ideas ponen más atención a lo internacional, que a lo interprovincial.

Prácticamente son tres las Escuelas que dan vida a las primeras direcciones: la Escuela Estatutaria Italiana de fines de la Edad Media, la

Escuela Francesa que se inicia en el Renacimiento, así cómo la Holandesa del siglo XVII.

a) *La Escuela Estatutaria Italiana.* Conocida esta también cómo Escuela de los Estatutos tuvo su sede en Bolonia y sus principales representantes los encontramos en los postglosadores.

Bartolo es el principal exponente y logró tener un discípulo en París que fue Dumoulin.

Fue tal vez Acursio (1228) el más preciso expositor, pues basado en un texto romano, encontró que un natural de Bolonia, se encuentra *sometido a la ley de Bolonia, aún cuando se encuentre fuera, Esto es* lo que se conoció sin dificultad como extraterritorialidad de la ley

De Balduinus, algunas ideas clasificatorias todavía siguen teniendo acogida entre algunos estudiosos de nuestra época. Parte así de la afirmación de que las leyes se pueden clasificar en leyes de procedimiento (ordinatoria) y leyes de fondo (decisoria), para de ahí afirmar la territorialidad de la ley procesal y la posibilidad de que sea extraterritorial la ley de fondo.

La realidad jurídica de la época y los planteamientos de esta primera Escuela Italiana, se apoyan en la ya conocida clasificación entre estatutos reales y estatutos personales.

Es en esta época, donde tal vez por poner atención a la explicación de la ley, y en que se utilizan recursos clasificatorios, en donde surgen para la teoría los estatutos reales y personales que prácticamente habrán de llevar las explicaciones hasta nuestra época, juntamente con la clasificación entre ordinatoria y decisoria litis.

Buenos o malos, correctos o incorrectos, útiles o inútiles, y a nuestro parecer tal vez *más negativos que positivos fueron estos esquemas clasi*ficatorios, pues fue dentro de esos marcos, donde se trató de encajar los nuevos problemas surgidos, incluso hasta forzándolos y deformándolos.

b) *Escuela Francesa.* Fue tal vez D'Argentre el máximo representante de esta Escuela, sin olvidar a Dumoulin, quien en cierta forma enlazó a la Escuela Estatutaria Italiana con la Francesa.

Esta "nueva época", parece despegar de cierta colección de costumbres que el gobierno ordenó se recopilaran. La recopilación de estas costumbres provinciales y luego su aplicación, llevó a los juristas a poner atención a las diversas contrariedades entre diversas costumbres.

D'Argentre aceptó de manera franca la clasificación entre leyes reales y leyes personales. En su idea se transluce que todas las leyes son reales, lo que significó ser territorialistas. Sólo en el caso de ciertas leyes personales (estatutos personales generales) es posible la aplicación extraterritorial.

La idea de estatutos mixtos (que participan de los estatutos reales y personales), sólo amplió el ámbito a los estatutos reales y restringió la posibilidad de aplicar la extraterritorialidad.

Como es obvio, bajo esta bipartita clasificación, las leyes procesales quedaron como reales y por ende, como esencialmente territoriales.

Hasta este momento la aplicación extraterritorial se hizo fundandola en la ley romana, pero Guy de Coquille nego tal fundamento y sólo se apoyo en el derecho natural.

c) *Juicio crítico sobre estas escuelas.* La hasta ese entonces indestructible clasificación entre estatutos reales y personales y la idea de que la ley procesal encajaba (forzadamente) en los reales, impidió pensar en la posibilidad de aplicar ley procesal extraña.

Si ni siquiera se vio la posibilidad de exportarla, menos se vislumbró la posibilidad de importarla. En realidad, los problemas se centraron más en la ley sustantiva que en la procesal.

Igualmente, durante la Edad Media, el proceso fue visto bajo la óptica practicista (diversa a la judicialista observada por lo de Bolonia).

Este practicismo llegó a darle tanta importancia al precedente judicial, que desvió la atención de los juristas o cuando menos lo retardó para buscar la posibilidad de importación de ley procesal extraña.

Mayor importancia tuvo la retórica en las escuelas y tribunales y la idea de que el proceso es un arte (al igual que la esgrima) que el estudio científico para determinar si una ley procesal extraña se podía aplicar.

A nuestro juicio, hubiera sido más fácil aplicar y explicar la aplicación de ley procesal extraña (interprovincial) durante esta época, que luego de surgido el Estado Moderno. Hubiera sido más fácil, porque en último caso, siguiendo su mismo método, se podía haber recurrido a la ley romana o a la justicia para fundarlo (independientemente de lo correcto o incorrecto del argumento).

d) *Paralela aparición de la Escuela Holandesa.* Por el siglo XVII surge la Escuela Estatutaria Holandesa, que en cierta forma es un ajuste a las ideas de la Escuela Francesa.

La Escuela Holandesa, con los Voet a la cabeza (padre e hijo), continuó clasificando a las leyes en reales y personales, aceptando a la vez que las leyes reales son esencialmente territoriales.

En lo que no estuvo de acuerdo la Escuela Holandesa con la Francesa, fue en que la ley se aplica en el exterior sólo porque la ley dice que es exportable. Si así fuera —replicó la Holandesa— ella significaría invadir la soberanía de otro Estado.

Si acaso un Estado aplica ley extraña (se referían a la ley sustantiva, no a la procesal), tal ley se aplica por mera cortesía.

La cortesía ligada a criterios prácticos de que se aplica ley extraña, para que en lo futuro se aplique la propia en el extranjero dio lugar a la idea de reciprocidad, que luego veremos ampliada a lo procesal.

Por lo pronto la Escuela Holandesa no cambió la idea de ley aplicable en lo procesal.

e) *Repercusiones en la península ibérica.* Dada la importancia que el derecho español hubo de tener en las colonias de América, importa sólo recordar, la posición que se guardó.

Tras la aparición de la Escuela Italiana, su caída y el surgimiento de la Escuela Francesa, ocurrió que en España fueron más conocidos los profesores italianos, llegando incluso a ser considerados casi como autoridad en las Partidas (Ley 6, título IV, Partida III) tanto Bartolo, Baldo, Albericus, etcétera.

Estas ideas pasaron obviamente a las colonias e incluso, todavía en la Novísima Recopilación (1805) se siente la presencia de los estatutos reales y personales en la legislación ibera, que por mucho, a pesar de la independencia política de las Colonias, fue derecho vigente.

A pesar de lo anterior, el derecho sustantivo español incorporó (1821 y 1851) la idea de reciprocidad, que no es concepto de la Escuela Italiana, sino de la Holandesa, raíz de las Escuelas Inglesa y Norteamericana.

5. SURGIMIENTO DEL ESTADO MODERNO

Al surgir el Estado Moderno, las ideas sobre el conflicto de leyes deja de ser interprovincial y se convierten en internacional preferentemente.

Caracteriza a las primeras ideas el abandono de la idea territorialista y en éstos destacan grandemente Savigny y Mancini que prácticamente son las luminarias del siglo XIX.

Mientras que Savigny puso atención a la sede de la norma reguladora y Mancini en la nacionalidad de los sujetos de la norma, ello significó una importante reacción contra el territorialismo.

No obstante, tanto Savigny como Mancini, consideraron la existencia de excepciones, por lo que bajo estas excepciones, la relación debía ser gobernada por la ley territorial.

En el caso de Savigny, la norma procesal se entendió como norma obligatoria a aplicar por el Estado, por lo que al quedar en la excepción, siguió siendo territorialista.

Con Mancini igualmente, se explicó que el criterio nacionalista se aplicaba a las normas de derecho privado obligatorio, no a las normas de derecho privado voluntario, y menos a las del derecho público, que es adonde según la idea de la época, quedaban las normas procesales.

Luego entonces, en ninguno de estos dos genios encontramos que se haya abierto la puerta a la ley procesal extraña, a pesar de ser reacción contra el territorialismo.

6. AMPLIACIÓN DEL CRITERIO DE RECIPROCIDAD INTERNACIONAL

La ley española de 1851, como vimos, se refirió a la reciprocidad, aún cuando sólo a los actos notariales y en México también se aludió a reciprocidad en el Código Civil de 1870 pero sólo a propósito de la propiedad literaria y capacidad para heredar. En realidad esta reciprocidad estaba referida a norma sustantiva.

No obstante, el 30 de enero de 1854, en un decreto mexicano, se logra establecer como condición en cuestión de sentencias y resoluciones judiciales extranjeras. El Código de Procedimientos Civiles de 1870, incorpora igualmente el criterio de reciprocidad en la ejecución de sentencias extranjeras, lo que se reitera en el Código Federal de Procedimientos Civiles de 1896-97 a propósito de los exhortos (art. 209) e incluso en el vigente (art. 302, frac. III). Dato que entendemos como una ampliación de la esfera de influencia de la reciprocidad: de la norma sustancial a la procesal.

Como se advierte, si a través de la reciprocidad se gradúa la aplicación de la norma de un Estado en proporción a la graduación que de derechos y obligaciones existan en otro Estado, ocurre entonces, que para que un Estado diga que es recíproco, ello implica que toma en cuenta lo que dice la ley extraña.

7. LA CODIFICACIÓN INTERNACIONAL

Las reacciones contra el territorialismo habidos en el siglo pasado, pero especialmente las ideas de que el derecho conflictual era regido por normas superiores a las del Estado (normas internacionales), dio pauta a la realización de tratados internacionales sobre la materia.

Para América dos épocas se pueden apreciar: la previa a los convenios de CIDIP (1975) y la que de aquí surge.

PRIMERA ETAPA. Cabe a los países americanos del sur haber sido los primeros en dar reglas de esta naturaleza, inspirados sin duda alguna por los juristas europeos. Tal vez más por Mancini, que por Savigny, y encabezados por el peruano Antonio Arenas, entonces presidente de la Corte Peruana.

A pesar de lo habido en otros campos, el Tratado de Lima de 1878 (art. 30) consagró la lex fori.

Poco tiempo después (1889), con el uruguayo Gonzalo Ramírez (seguidor de Savigny) a la cabeza, preparó y se llevó a cabo el Tratado de Montevideo de 1889, y que aún cuando los frutos fueron mayores, lo relativo a ley procesal aplicable no varió (art. 1).

En 1928, se aprobó el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, que fue elaborado por el cubano Sánchez de Bustamante, que en ley procesal aplicable (art. 314) volvió a reiterar la territorialidad.

Por los años 1939 y 1940 se festejó el cincuentenario de los convenios de Montevideo y se lograron nuevos convenios producto de la revisión a los anteriores, pero en lo procesal se volvió a insistir en la territorialidad absoluta.

En fin, durante esta primera etapa, la codificación internacional es precedida por la territorialidad de la ley procesal, e incluso las ideas de la época, todavía son dominadas por la vieja clasificación de Balduinus.

SEGUNDA ETAPA. Esta que estamos denominando segunda etapa, no sólo constituye el momento en que México y muchos otros países entran a formar parte de las convenciones internacionales, sino que además, introduce tímidamente una excepción a la territorialidad de la ley procesal.

Antes de recordar los convenios de CIDIP, sólo cabe recordar a otros precursores.

Mientras que en América los convenios se centraban básicamente en Mancini y en Savigny, en Europa, especialmente en la territorialista Holanda, se celebró una conferencia (1883) presidida por Tobías Asser, a la que le siguieron otras tres conferencias en la misma Haya (1894, 1900, 1904) que luego fueron interrumpidas por la Guerra Mundial, para después reanudarse.

De cualquier manera, en estas primeras conferencias, se estableció que la ley procesal aplicable sería la ley del tribunal, con la diferencia de que se introdujo una fórmula atenuada. Así, se estableció que el tribunal puede obrar con reglas especiales solicitadas por el tribunal requirente de cooperación judicial, cuando no se afecte la ley del requerido.

Esta idea fue acogida en las convenciones de Panamá (CIDIP, 1975) sobre exhortos y cartas rogatorias (art. 10), y en la de Uruguay (CIDIP, 1979) sobre recepción de pruebas (art. 6).

Como se advierte, de las viejas fórmulas de extremo territorialismo de ley procesal, la legislación convencional introduce una excepción, así como un golpe a la vieja idea de Balduinus.

8. EL ANÁLISIS DE LOS EXPERTOS

Las codificaciones han llevado a los estudiosos a interpretar esas normas, de muy diversos modos. A nuestro parecer más territorialísticamente.

Morelli al explicar estas disposiciones que permiten al tribunal de un Estado acceder a la petición del tribunal extraño en formas especiales, niega que se trate de una excepción a la territorialidad. Sostiene que en todo caso no se acoge la ley extraña, sino el requerimiento del tribunal extraño.

Otro estudioso español: Díaz de Morera, hacia 1945 presenta un libro cuyo sugestivo título lleva la respuesta a nuestra interrogante: "El concepto de territorialidad en el derecho procesal." No admite al interpretar los convenios de la Haya mencionados, una excepción a la territorialidad.

Lo mismo ocurre con Romero del Prado, quien insiste en que las leyes procesales "son inseparables de la naturaleza del tribunal".

9. REFLEXIONES FINALES

Al llegar al final de esta apretada síntesis evolutiva, no queremos dejar de exponer, así sea a manera de cavilaciones y consideraciones, algunos juicios e insinuaciones, tal vez a manera de hipótesis de nuevas investigaciones, algunas ideas no necesariamente confirmadas.

De lo examinado hasta el momento, hubimos de advertir que a lo largo de la historia se ha rechazado la aplicación de la ley procesal extraña, pero que a últimas fechas (especialmente durante nuestro siglo), han aparecido en las leyes y convenciones, ciertas instituciones que primeramente nos introdujeron a la duda acerca de si la ley procesal es esencialmente territorial.

Por ahora nuestras leyes aluden a reciprocidad internacional para ejecutar exhortos o cumplir con sentencias extranjeras; a trámites o procedimientos especiales requeridos por otro Estado, que nuestro Código llama formalidades distintas a las propias; los convenios aluden a la vez a formas o formalidades adicionales a las establecidas por la ley, y también a simplificación de las formalidades que establece la ley.

Todo esto nos hace pensar que comenzamos una nueva etapa en el derecho conflictual. Si hasta ahora el derecho conflictual sólo se enfocaba a ciertas normas sustanciales y no a las procesales: e incluso, si durante mucho tiempo se pensó que el derecho conflictual (derecho Internacional privado) sólo se refería a normas de "derecho privado" y no a las "normas de derecho público", según vetusta e inservible clasifica-

ción, el caso es que ahora se tocan o abordan normas clásicamente consideradas como de derecho público y se abordan normas, que no son necesariamente sustanciales.

Es claro que los tradicionales criterios, especialmente los puntos de contacto con los que se ha tratado a las normas internacionales, tal como lex rei sitae o ley personal, no son aptas soluciones para el derecho procesal conflictual del provenir.

La clásica clasificación entre normas procesales (ordinatorias) y normas de fondo (decisorias) no parece ni resulta que sirva en nuestra época como marco para determinar ley aplicable, y a este respecto se hace necesario una revisión.

Si nos salimos del mero examen exegético de las normas, para incursionar en cuestiones de política-jurídica, se nos ocurre cavilar en lo que tal vez puede ser una hipótesis de trabajo investigatorio, pensando así que las normas de un Estado al ser dadas por el legislador (especialmente cuando la ley es escrita) tienen un propósito subyacente.

Así, las normas sustanciales o de fondo, vendrían a ser aquellas que deciden cuál es la solución a un litigio (por ejemplo si debe pagar el deudor), en tanto que las procesales (las procedimentales especialmente) las que trazan el camino para hacer factible la aplicación de la ley general sustantiva al caso concreto (por ejemplo, qué hacer para saber si el presunto deudor realmente debe pagar).

Desgraciadamente en nuestro país, nuestros juzgadores contemplan a las leyes procedimentales como un fin en sí mismas y no como medios orientados a la solución del litigio interpartes mediante la aplicación de la ley general al caso.

Adviértase tan sólo y con un cálculo conservador, que más del 60% de los pleitos en tribunales mexicanos se pierden, no porque se carezca del derecho de fondo, sino por errores en el procedimiento, sobreexigencias de formalidades o interpretaciones a la ley procesal que no toman en cuenta el fin que tal ley persigue.

Tomando en consideración el objetivo de cada tipo de normas (sustanciales y procesales) advertiremos a la vez dentro de la política legislativa otro propósito subyacente de vital importancia al derecho conflictual procesal.

Si acaso se piensa en aligerar el trabajo de los tribunales del Estado, o se piensa que la ley interna es signo de imperio soberano, o se trata de tutelar los intereses gubernamentales, la lex fori es la aplicable.

Pero si el propósito subyacente en la mente del legislador es procurar el medio más idóneo para solucionar el litigio interpartes, la ley aplicable no necesariamente será la *lex fori,* pues será la más adecuada a la solución del litigio interpartes, sacrificando el interés gubernamental

egoísta o el plácido descanso de los juzgadores para dar cabida a un interés justiciero en la solución del litigio.

Planteado de otra manera el propósito subyacente se formularía con la interrogante ¿deben hacerse las leyes procesales para la burocracia judicial o para los litigantes?, ¿es indispensable aplicar la ley del foro para darle comodidad al juez al actuar, o será necesario forzar al juez a que se esfuerce por aplicar la ley más idónea que se encamine a la justa composición del litigio?

¿Debemos acaso aferrarnos a la ley del tribunal, aun cuando ello esté en detrimento de la justa composición del litigio? A nuestro parecer (casi dicho esto a priori) habrá que buscar la ley procesal más idónea a la justa composición del litigio. ¿Cuál es esa ley? ¡...He ahí el problema!