

## ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE LA CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE NORMAS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

### I. INTRODUCCION

La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, tiene una importancia particular en la medida que establece las bases de aplicación del resto de las Convenciones elaboradas en el seno de las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado.

Cabe señalar que en la fecha que se elaboró la presente ponencia, México ya ha ratificado esta Convención, pero debido a un procedimiento desusado, la Organización de Estados Americanos que es el organismo depositario de los instrumentos de ratificación, no ha aceptado por el momento el instrumento de ratificación de México alegando que éste presentó una reserva y que ésta debe ser previamente aceptada por los Estados Partes de la Convención. Confiando sin embargo en que este confuso problema se aclare pronto, se decidió por parte de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado incluir la discusión de la Convención que nos ocupa dentro del temario de este seminario.

Decíamos que la Convención sobre Normas Generales, como su nombre lo indica establece una serie de principios doctrinales y legislativos que son: el de la igualdad en la aplicación de la ley (art. 2o.); el de la incorporación de la ley extranjera (art. 4o.); el del impedimento de la aplicación de la ley extranjera (artículos 3o., 5o. y 6o.); el de los derechos adquiridos (artículo 7o.); el del tratamiento de cuestiones incidentales (art. 8o.) y el de la Coordinación de Sistemas Jurídicos (artículo 9o.). A continuación pasaremos a comentar brevemente cada uno de estos principios.

### II. COMENTARIO DE LOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS EN LA CONVENCION

#### 1. *Igualdad en la aplicación de la ley*

El artículo 2o. establece:

"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."

Como puede observarse, de esta disposición se derivan tres cuestiones de importancia: La aplicación de oficio por parte del juez nacional del derecho extranjero; la obligación de dichos jueces de aplicar los términos de igualdad al derecho extranjero y la posibilidad de que eventualmente las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada. A continuación pasaremos a comentar cada una de estas cuestiones:

- a) Aplicación de oficio de la ley extranjera. De acuerdo a la redacción de la disposición que nos ocupa, la última parte de la misma podría hacer suponer que el derecho extranjero debe ser "alegado y probado" por las partes en el juicio y por tanto podría parecer que el juez no está obligado de oficio a aplicar el derecho extranjero hasta que sea alegado y probado por las partes. Sin embargo, la propia redacción nos indica que los "jueces y autoridades" están obligados a aplicar de oficio al derecho extranjero.

En efecto, al establecer la disposición que nos ocupa, que los "jueces y autoridades estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal y como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable. . ." indica no sólo la obligación de darle un tratamiento igualitario al derecho extranjero, sino también que, la indicación de comportarse "tal y como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable" implica que deban aplicar el derecho independientemente que sea, en un caso determinado, derecho extranjero. Por su lado, la parte final de la disposición, al establecer el adverbio "sin perjuicio" está indicando que deja a salvo el derecho de que, eventualmente, "las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada".

En apoyo de esta interpretación me voy a permitir citar un párrafo del Informe del Relator de la Comisión II, referente al tema de Normas Generales de Derecho Internacional Privado, durante la celebración de la Segunda Conferencia Especializada celebrada en Montevideo y en donde se aprobó la Convención que nos ocupa:

"Es oportuno mencionar que fue motivo de discusión si se debía o no señalar, expresamente, que la aplicación de la ley extranjera por el juez de la causa se haría de oficio, oponiéndose algunas delegaciones a la expresión "de oficio", alegando que la misma resultaba superflua si al mismo tiempo se afirmaba la obligación del juez de aplicar dicha ley y, además, que no se podía imponer el principio impulsivo o el principio dispositivo, pues ambos quedan sometidos a la Soberanía interna de los Estados. *Las razones aludidas determinaron la eliminación de la referida expresión*".<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Actas y Documentos, Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-II), Volumen I. O.E.A./Ser.K/XXI. 2 CIDIP-II/103, Vol. I, 22 de enero de 1980, pág. 287.

La obligación por tanto, de parte de los jueces nacionales, de aplicar el derecho extranjero en la Convención que se comenta, retoma una ya casi centenaria 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 más tarde en el Protocolo Adicional de Montevideo, de 19 de marzo de 1940.

Finalmente, cabe señalar que, como hecho novedoso no sólo se obligue al juez a la aplicación del derecho extranjero sino también a las "autoridades" incluyendo en éstas a las administrativas encargadas de llevar a cabo trámites en los cuales resulte aplicable el derecho extranjero.

- b) Igualdad de tratamiento al derecho extranjero.—Al establecerse que el juez debe aplicar "el derecho extranjero tal y como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable", obliga a que el juez nacional que se encuentre ante la posibilidad de aplicación de derecho extranjero, se sitúe en la misma posición del juez de cuyo origen procede ese derecho extranjero. Es decir, se trata que el juez nacional haga un esfuerzo de comprensión del contenido, sentido y alcance de la disposición extranjera y la interprete de manera que, su interpretación podría ser hecha de forma parecida por el otro juez. Resulta evidente que para lograr esto el juez requiere de conocimientos en derecho comparado, sobre todo si se piensa que eventualmente los Estados Unidos de América y el Canadá pasen a formar parte de la Convención y por tanto un juez latinoamericano se vea en la necesidad de aplicar el derecho de alguno de esos países.

Respecto a esta cuestión cabe señalar un precedente y es el que se dio en un famoso caso resuelto por la Corte de Casación Francesa el 21 de noviembre de 1961 (Montefiore vs. Colonia del Congo Belga),<sup>2</sup> en el cual dicha Corte opinó que el juez de la causa había desconocido "... el sentido claro y preciso" del texto legal extranjero, es decir, que no interpretó al derecho extranjero como lo hubiera hecho el juez de origen de ese derecho.

- c) Opción de las partes para alegar y probar el derecho extranjero. Como lo indicamos anteriormente, el artículo 2o. de la Convención, obliga al juez nacional a aplicar el derecho extranjero, pero también faculta a las partes para que puedan "alegar" ese derecho, para que puedan, en un caso dado impugnar su vigencia o el texto del derecho extranjero que se pretende aplicar y además para que eventualmente, lo puedan probar. De esta manera la disposición que se comenta

<sup>2</sup> Revue Dalloz, 1963, pág. 37, nota de Ph. Francescakis y Journal du droit international, 1962, pág. 686, nota de B. Goldman.

intenta un sistema mixto por el cual, obliga en primera instancia al juez a que aplique el derecho extranjero pero también deja a las partes a que participen en el proceso de su discusión y de su prueba.

## 2. Incorporación de la Ley Extranjera

El artículo 4o., establece:

“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.”

Como puede observarse, esta disposición implica que la ley extranjera, una vez aplicada por el juez nacional, deberá serlo de tal manera que si hubiera aplicado derecho propio y en este sentido dará lugar a que los recursos procesales otorgados a éste le sean extensivos a aquél. Dicho en otras palabras, se trata de una asimilación del derecho extranjero al derecho nacional o mejor dicho, de una “incorporación” del derecho extranjero al nacional. En efecto, se trata de la aceptación, en la disposición que nos ocupa, de la teoría italiana del *rinvio recettizio* o teoría de la incorporación defendida brillantemente en México por Eduardo Trigueros.

De esta manera, al otorgársele al derecho extranjero los mismos recursos procesales que al derecho nacional, aquél puede ser susceptible, como lo sería éste, de apelación por motivo de interpretación y por tanto de que las instancias superiores revisen sentencias basadas en derecho extranjero y que incluso pueda llegarse a establecer jurisprudencia por parte de los tribunales superiores acerca del contenido y alcance del derecho extranjero.<sup>3</sup>

## 3. Impedimento en la aplicación de la Ley Extranjera

En referencia a este principio comentaremos a continuación los artículos 3o., 5o. y 6o. de la Convención.

Artículo 3o.

“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.”

<sup>3</sup> Acerca de la “teoría de la incorporación” cfr. Ago, Roberto, *Règles générales des conflicts de lois*, en: *Recueil des Cours*, 1936, T. IV, pp. 243 y ss.; Zagtay, Imre, *L'application du droit étranger: Science et fictions*, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1971, pp. 49 y ss., del mismo autor, *Problemas fundamentales derivados de la aplicación del derecho extranjero*; trad. de Leonel Pereznieto Castro, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XI, No. 33, Sept.-Dic. 1978, págs. 371 y ss., y Trigueros, Eduardo, *Estudios de Derecho Internacional Privado*, recopilación de Laura Trigueros y Leonel Pereznieto Castro, México. Ed. UNAM, 1980, pp. 151 y ss.

Se trata como puede apreciarse del caso de la llamada “Institución desconocida” que eventualmente puede ser un impedimento en la aplicación del derecho extranjero. Sin embargo se hace énfasis en que se trate de “instituciones o procedimientos *esenciales para su adecuada aplicación*”, de manera que se evite que un juez nacional por el solo hecho de constatar que tal o cual institución o procedimiento extranjero tenga un nombre diferente a una institución o procedimiento nacional, rechace su aplicación. Esto implica, que el juez nacional efectúe un estudio detallado de la institución o procedimiento extranjeros para determinar con precisión si su propio derecho lo contempla o no y además resulta “esencial para su adecuada aplicación”.

Artículo 5o.

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

Se trata del principio tradicional del que se vale el juez nacional para impedir la aplicación de una norma jurídica extranjera normalmente competente, pero que, en el texto que nos ocupa, tiene la modalidad de la expresión “manifiestamente” lo que implica que el juez nacional no utilice este medio de manera indiscriminada y por el contrario quede obligado a determinar en qué casos y respecto de qué leyes, el derecho extranjero susceptible de ser aplicado resulta “manifiestamente” contrario.

Artículo 6o.

“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.”

Al igual que en el caso del concepto del orden público que acabamos de mencionar, en este artículo también se hace mención a otro principio tradicional, el del fraude a la ley, e igualmente se introducen modalidades; una que consiste en que el dispositivo indica que no se aplique derecho extranjero, no sólo cuando se haya defraudado al derecho nacional del juez de la causa, sino al derecho de “otro” Estado Parte. Otra modalidad, estriba en la expresión “principios fundamentales” que si bien resulta poco precisa, indica que hubo la intención de ampliar al máximo la cobertura del dispositivo, pues como se recordará, en su sentido tradicional, el fraude a la ley ha sido conceptualizado como la manipulación de puntos de contacto o conexión en beneficio del interesado.

4. *Derechos Adquiridos*

El artículo 7o. establece:

"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."

No deja de sorprender que en una Convención aprobada en 1979 aún se recoge la antigua idea anglosajona de los derechos adquiridos o *vested rights*. En efecto, el desarrollo actual del Derecho Internacional Privado parte del principio que a través de la norma de conflicto o mediante los procedimientos establecidos para el reconocimiento de sentencias extranjeras, las situaciones jurídicas válidamente creadas en el extranjero son susceptibles de ser reconocidas, sin embargo este texto es una muestra de que aún participan en estos eventos internacionales juristas de corte tradicional y con influencia anglosajona.

5. *Cuestión Previa*

El artículo 8o. determina:

"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 a esta última."

Como es sabido respecto de la cuestión previa la doctrina se encuentra dividida. Existe una corriente importante que sostiene que la cuestión preliminar debe regirse por el derecho internacional privado del país cuyo derecho resuelve la cuestión principal.<sup>4</sup> Es decir, que la cuestión previa debe subordinarse a la cuestión principal ya que de esta manera se respetará el derecho competente para regir la cuestión principal en su integridad, incluyendo sus normas de conflicto. Sin embargo existe otra corriente<sup>5</sup> que sostiene que la cuestión preliminar se debe juzgar siempre por el Derecho Internacional del foro, o sea que debe haber conexiones independientes. Esta última corriente es precisamente la que se sigue en la disposición que comentamos.

<sup>4</sup> Entre los que defienden esta posición pueden mencionarse a: Melchior, Wengler, Wolff, Neuhaus, Machado Ferrer Correira. Citados por Kegel, Gerhard, *Derecho Internacional Privado*, Bogotá, Ed. Rosaristas, Trad. Miguel Betancourt Rey, 1982, pp. 210 y sig.

<sup>5</sup> En ella se encuentran, entre otros, Dicey y Morris, *The Conflict of Laws*, Londres, Ed. Stevens and Sons, 1967, 8a. Ed. No. 35 y Kegel, Gerhard, *Op. cit.*, pp. 205 y sig.

6. *Coordinación de Sistemas Jurídicos*

El artículo 9o. establece:

"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 en el caso concreto."

Como puede apreciarse esta disposición es desafortunada ya que en cada uno de los párrafos plantea un sistema de solución totalmente opuesto que conduce a resultados contradictorios.

En efecto, en el primer párrafo se consagra la teoría de Henri Batiffol sobre la Coordinación de Sistemas Jurídicos,<sup>6</sup> conforme a la cual, la interpretación que se haga de una determinada relación jurídica deberá ser acorde con la normatividad con base a la cual fue creada a fin de garantizar la continuidad internacional de las relaciones humanas. En cambio, en el segundo párrafo de la disposición que nos ocupa, se determina que las interpretaciones que, se hagan de una relación jurídica serán conforme a "las exigencias impuestas por la equidad en cada caso concreto" es decir, que no necesariamente se tomará en cuenta la normatividad conforme a la cual fue creada la relación jurídica de que se trate. Este casuismo defendido principalmente en los E.U.A. por David Cavers,<sup>7</sup> conduce en la práctica a falta de seguridad y continuidad en la vida internacional de las relaciones humanas.

## II. CONCLUSIONES

De acuerdo a lo expuesto anteriormente, podemos concluir que a pesar de que en la Convención se encuentran establecidos algunos principios que no están acordes con el desarrollo actual del Derecho Internacional Privado o principios que pueden resultar contradictorios, en lo general se trata de un instrumento que brinda al juez, a los tribunales, a los abogados postulantes y a los estudiosos del Derecho Internacional Privado importantes criterios para la debida interpretación y aplicación de las Convenciones elaboradas en el seno de las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado.

<sup>6</sup> Batiffol, Henri, *Aspects Philosophiques du droit international Privé*, Paris, Ed. Dalloz, 1956.

<sup>7</sup> Cavers, David, *The Choice of Law Process*, Michigan, Ed. Ann Arbor, The University of Michigan Press y en, *A Critique of the Choice of Law Problem*, en: Harvard Law Review, 1933, No. 47, pp. 173 y ss.