

SISTEMA JURÍDICO APLICABLE AL PROCESO

JORGE ALBERTO SILVA*

1. TEORÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL SOBRE EL PROCESO

Hace varios años que tuvimos la fortuna de conocer al profesor madrileño Pedro Pablo Miralles Sangro, quien con gran frecuencia visita nuestro país con motivo de diversos eventos académicos,¹ e incluso conferencias internacionales². Ahora atendemos la gentil invitación de asistir a esta Universidad de Educación a Distancia, y no queriendo dejar desapercibida esta visita dejamos el presente ensayo como recuerdo.

Pretendemos explicar de manera general la operancia de la elección de la ley aplicable, propia del derecho internacional privado y la

* Profesor en áreas de Derecho de los Conflictos y Teoría General del Proceso en la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, México. Miembro de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado. El presente ensayo forma parte de un libro de próxima publicación que se denominará *Derecho Internacional sobre el Proceso*.

¹ Por ejemplo, los Seminarios nacionales de derecho internacional privado y comparado que año tras año se han venido realizando.

² Por ejemplo, la V Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado (CIDIP) auspiciada por la Organización de Estados Americanos (OEA), a la que el profesor madrileño asistió en calidad de observador español y nosotros en la representación de México.

normatividad procesal. Obviamente la perspectiva la hacemos bajo el enfoque del derecho aplicable en México, aunque sin descuidar en parte el derecho convencional español.

Nos place en gran medida lo anterior al advertirlo como un reto, en especial porque los mexicanos debemos diversos marcos teóricos a los españoles, no sólo en la teoría general del proceso, sino también en campos tan especializados como los del derecho procesal internacional, que en mi concepto gran parte de la normatividad quedaría como derecho internacional sobre el proceso. En reconocimiento a lo anterior hemos procurado que las fuentes biblio-hemerográficas sean españolas como un medio o canal para lograr el entendimiento del derecho internacional privado sobre el proceso vigente en México.

Como la respuesta a la determinación del sistema jurídico aplicable al actuar procesal se liga con el derecho internacional, en gran medida también sigue, aunque con las notas y reglas especiales, los principios del derecho internacional privado.

No tenemos la menor duda de que el derecho internacional privado juega un papel de importancia en precisar cual es el sistema jurídico. En este sentido la determinación del sistema jurídico procesal aplicable lo trataremos conforme al o los métodos propios del derecho internacional privado.

Conforme han evolucionado los estudios del derecho internacional privado sobre el proceso podemos advertir la presencia de dos tratamientos:

- *Tratamiento antiguo o tradicional*, que implica un rechazo total del derecho procesal extranjero y por consecuencia se sostiene que la normatividad procesal es esencialmente territorialista. Por esta razón *ab initio*, la materia o área procesal queda excluida dentro del estudio del derecho de los conflictos.

- *Tratamiento contemporáneo*, que no exagera en la territorialidad de la normatividad procesal, permitiendo la aplicación de actos, leyes e instituciones procesales extranjeras. En consecuencia ante esta posibilidad surgen las normas de colisión y la posibilidad de aplicar derecho procesal extranjero, lo que permite la existencia de un objeto propio del derecho internacional privado.

El primer tratamiento o forma de abordar la normatividad internacional sobre el proceso proviene de la Edad Media y aún es seguido en varios países y muchos estudiosos³. Lo más que se llega a admitir bajo este tratamiento es el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras, pero en base a la propia *lex fori*. En el caso de la sentencia extranjera se permitió incluso la revisión al fondo de la misma.

El argumento sobre el que descansa este legendario tratamiento consiste en que todo lo referente a la administración e impartición de justicia (la resolución de litigios interpartes) es un atributo propio de la soberanía estatal, por lo que todo tipo de actos judiciales o jurisdiccionales sólo puede estar regido por el sistema jurídico local o doméstico, como también lo debe estar todo lo que regula la competencia de los tribunales locales, sin posibilidad de admitir excepciones⁴.

El segundo tratamiento de nuestra materia y que estamos designando como actual o contemporáneo nos permite emplear los métodos de tratamiento de que normalmente se vale el derecho internacional privado. Este es el enfoque o tratamiento que seguiremos, ya que como lo constataremos adelante, la norma procesal aplicable no necesariamente será la interna, dada la posibilidad de admitir la extranjera o crear una armónica.

Se trata de un enfoque que pudiera considerarse revolucionario, en el que no queremos admitir lo que ya se ha dicho, sólo porque así se ha dicho (*magister dixit*). Nuestra pretensión va a la revisión de las bases y en caso necesario a reconstruir el derecho internacional sobre el proceso.

En consecuencia, para nosotros el estudio del derecho internacional privado sobre el proceso comprende tanto el derecho de los conflictos, como la solución a los mismos. En el desarrollo del dere-

³ Por ejemplo el art. 8, segundo apartado del Código Civil español dispone que «las leyes procesales españolas serán las únicas aplicables a las actuaciones que se sustancian en territorio español sin perjuicio de las remisiones que las mismas puedan hacer a las leyes extranjeras, respecto a los actos procesales que hayan de realizarse fuera de España.

⁴ MATOS, José, *Curso de Derecho Internacional Privado*, SÁNCHEZ y GUISE, Guatemala, 1922, p. 513.

cho internacional privado cobran especial importancia los métodos empleados para la solución del conflicto de «leyes», como tradicionalmente se le conoce.

El denominado conflicto de leyes se presenta cuando para un mismo negocio, acto o litigio interpartes con aspecto o condición internacional (una misma relación jurídica privada con pluralidad de puntos de conexión), *existe una real o aparente concurrencia de sistemas jurídicos que tratan de resolverlo* (pluralidad de ordenamientos). Por ejemplo que para regular la forma de notificar una demanda pueden concurrir el derecho español y el mexicano, pues en ambos existen reglas que indican cómo notificar, como cuando la demanda se presenta ante un tribunal español y la notificación de la demanda debe hacerse en México. En este caso puede presentarse la duda en torno al derecho aplicable.

El derecho de los conflictos trata de resolver esta duda, pero antes de aplicar las normas propiamente conflictuales, el aplicador del derecho debe cursar en su revisión por otro tipo de normas que conforman a dos métodos o tratamientos. Se trata de los métodos o técnicas conocidos como *reglas de aplicación inmediata*, y de las denominadas *normas materiales*. Cuando ninguna de las normas que conforman a cada uno de estos dos métodos da respuesta a la problemática, entonces se podrá recurrir al método en que se integran las *normas de conflicto* a que nos hemos referido.

En México, como en una gran cantidad de países, antes de elegir el derecho o sistema jurídico aplicable a un caso concreto, primero tenemos que elegir al órgano o tribunal competente que conocerá y resolverá el litigio interpartes. Para elegir al tribunal competente se debe acudir a las normas referentes a la *elección del tribunal competente*, que conforman al método o grupo de normas que suelen denominarse de *elección del tribunal competente*.

Estos métodos o grupos de normas no se eligen por capricho, sino de manera sucesiva hasta encontrar el que dé una respuesta. En primer lugar se debe determinar o elegir al *tribunal competente*. Para el sistema jurídico aplicable, primero se debe recurrir a las normas de *aplicación inmediata*, luego al de las *normas materiales*, y finalmente, al de las *normas de conflicto*.

Sin pretender explicar lo que la teoría del derecho internacional expone en torno a cada uno de este tipo de normas, seguiremos dicha estructura como línea base para la explicación del derecho aplicable al proceso.

Más adelante y debido a que la actividad procesal no está en su totalidad regulada por el sistema jurídico doméstico o local, ni el extranjero procuraremos explicar el derecho procesal conflictual internacional.

A) NORMAS DE APLICACIÓN INMEDIATA

En las normas de aplicación inmediata establecidas en los cuerpos legales del derecho interno suponemos que una supuesta o específica relación jurídica o hipótesis de hecho, la misma es resuelta directamente en la norma interna, sin importar y sin necesidad de tomar en consideración cualquier punto de conexión que pudiera remitir a un sistema jurídico extranjero.

En las normas de este tipo encontramos semejanza para con las normas de *competencia jurisdiccional exclusiva*. Como se sabe, en las normas exclusivas, un órgano o tribunal local se declara como el único competente, en términos similares encontramos a las normas de aplicación inmediata, pues éstas indican que sólo esa norma sustancial es la única o exclusiva que regula específicas hipótesis.

Estas normas de aplicación inmediata, al igual que las normas que establecen una *competencia jurisdiccional exclusiva*, sólo remiten al derecho interno excluyendo cualquier norma de conflicto o remisión al derecho extranjero.

Las normas que integran este método también son conocidas como normas de *aplicación necesaria*, normas *autolimitantes* o *lois de police*. Sobre la normatividad procesal podemos listar algunos ejemplos.

En México no es posible que un acreedor en el extranjero, o dentro de México para evitar la presentación de una demanda y seguir el

trámite procesal, inserte algún aviso en la prensa o cualquier medio de difusión dirigido nominalmente a quien en circunstancias normales deben ser demandados, diciéndole que pague lo que debe ⁵.

En Nueva York las sentencias condenatorias extranjeras que condenan al pago de alguna cantidad de dinero diversa a la de los Estados Unidos de América deben convertirse a esa moneda, conforme al valor que tenga al *momento en que se presenta la sentencia* ⁶. La norma más semejante en México es la establecida en la Ley monetaria, pero aquí el pago se hará conforme al valor al momento de pago, no conforme al valor que se tenga al momento de sentenciar o de presentarse la solicitud de ejecución de sentencia.

En Francia en la Ley sobre documentos e información de 1980 encontramos otro ejemplo de normas de aplicación inmediata o *lois de police*. En este texto legal se le prohíbe a las personas físicas francesas o domiciliadas en Francia proporcionar alguna prueba a alguna autoridad extranjera, cuando la información contenga datos sobre economía, comercio, finanzas o de naturaleza técnica cuando estos datos pugnen contra los intereses esencialmente económicos de Francia o su orden público.

Para el desahogo en México de una prueba solicitada por un tribunal extranjero, encontramos que aún cuando en lo general la norma mexicana establezca que la norma, acto o institución aplicable será la extranjera, la presencia de normas autolimitantes o normas de aplicación inmediata hará imposible la aplicación de la norma extranjera. Por ejemplo en la normatividad mexicana (arts. 561 del Código Federal de Procedimientos Civiles, en adelante CFPC y 337 Bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en adelante CPCDF) encontramos que se limita el desahogo de la prueba documental que se identifique por características generales, o que se encuentren en archivos que no sean de acceso al público, como ocurre en el *pretrial discovery of documents* estadounidense.

⁵ Art. 36 de la Ley Federal de Protección al Consumidor. OVALLE FAVELA, José, *Comentarios a la Ley federal de protección al consumidor*, Mc GRAW HILL, México, 1995, p. 87.

⁶ Amendment on Foreign Currency Judgements, Judiciary Law, Amended 1987 (27).

Igualmente, un tribunal mexicano puede negarse a escuchar a una persona cuya declaración sea requerida, cuando advierta que esa declaración se utilizará en el extranjero en contra de esa misma persona, concretamente cuando esa declaración servirá de base a una acusación penal. En este caso, el rechazo a diligenciar se funda en que acorde a la Constitución mexicana, nadie puede ser obligado a declarar penalmente en su contra.

Por último recordemos una norma competencial autolimitante. Supongamos que en la esfera internacional los tribunales de dos Estados se asignan o autoatribuyen competencia para conocer de un asunto. En estos casos el derecho mexicano establece una competencia exclusiva o foro exclusivo y limitante a la voluntad de las partes. De manera que si una resolución del extranjero derivada de un juicio cuyo objeto sea o haya sido de la competencia exclusiva, México podrá rechazar su reconocimiento y ejecución, por ser contrario a una *norma procesal interna de aplicación inmediata o autolimitante*.

En cualquiera de estos ejemplos al legislador no le importa el vínculo o nexo que la relación o situación jurídica pueda tener con el extranjero. La norma mexicana considerada como de aplicación inmediata es la aplicable, impidiendo con ello que se abra el juego conflictual.

Este tipo de normas son pocas o raras las que existen en el sistema, y el juzgador debe buscarlas en su propio ordenamiento. En general estas normas se caracterizan por *tutelar los intereses vitales del foro o sus instituciones de gobierno*.

B) NORMAS MATERIALES

Según las normas materiales, el legislador expide la norma (interna o internacional) en la que el hecho supuesto jurídico es abordado conscientemente, recibiendo una consecuencia o respuesta directa, normalmente diferente a la respuesta que a la misma situación o supuesto se le daría si la misma fuere interna. Se trata de normas con evidente *proyección internacional*.

En el ámbito procesal podemos citar algunos ejemplos. Para los actos de cooperación a un proceso en el extranjero, cuando estos actos han sido requeridos por medio de exhorto, el tribunal mexicano podrá emplear *medios o formas establecidas previamente en un convenio o tratado internacional*. El caso de las formas o formularios para informar de una actuación es un ejemplo que establece el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero. Aquí, la forma puede ser diferente a la que establece el propio derecho interno, o incluso diferente al establecido en el país requirente.

Se regula un trato especial al exhorto proveniente del extranjero, generalmente diverso al trato que se le daría a un exhorto proveniente del interior.

Tienen en común las normas materiales que excluyen la aplicación del derecho extranjero, y en algunas ocasiones también el local, dando una *solución directa al litigio o negocio planteado ante el tribunal*. La normatividad puede ser expedida por el legislador interno, en cuyo caso se trata de normas que tienen «vocación internacional», o pueden ser expedidas por acuerdo entre los Estados, en cuyo caso estamos en presencia de normas de *derecho uniforme*, e incluso, las normas también pueden haber sido expedidas por órganos que no son legisladores estatales o internacionales, como aquéllas consideradas como propias de la *lex mercatoria*.

El Código de Comercio, en adelante CCOM (arts. 1.051 y 1.052) permite que los sujetos del litigio puedan renunciar al sistema jurídico procedimental establecido en la ley mexicana. En su caso, los sujetos podrán pactar libremente el ritual procesal a seguir para solucionar un litigio interpartes. Esto es, que *la autonomía de la voluntad conduce a la posibilidad de establecer un procedimiento convencional*, a condición de respetar las formalidades esenciales del procedimiento.

Como ejemplo de normas procesales uniformes citamos el caso de aquellas que establecen formularios uniformes para el caso de exhortos. Tal vez estos formularios no se exijan en el país extranjero, ni en el propio, o acaso para las comunicaciones internas pueden ser diferentes en el interior de cada país, pero tratándose de una comunicación entre ambos países, el formulario es el único o

uniforme. La norma que establece este formulario para comunicaciones entre países es uniforme y a la vez un ejemplo de norma material.

C) **NORMAS DE CONFLICTO**

Conforme a las normas de conflicto, el legislador establece el dato, hipótesis o relación jurídica, pero en lugar de fijar cuál es la consecuencia o respuesta directa a esa hipótesis, establece que *para localizar esa respuesta deberá* consultarse un específico sistema jurídico, que puede ser el propio o uno extranjero. Es por esto que se afirma que en estas normas la respuesta es indirecta.

Las normas propias de este grupo normativo también son conocidas como *normas de colisión, normas de atribución, normas de conexión, etc.*

Debido a que es poco lo que sobre normas de aplicación inmediata o sobre normas materiales se ha legislado, el tercer método o grupo de normas que remite a las normas de conflicto resulta el más numeroso, más estudiado e incluso más antiguo. De ahí que al tratamiento también se le denomine como *método tradicional* y a sus normas, como normas tradicionales de derecho internacional privado.

Se trata de normas que tienen en común *no responder directamente* a la solución de un litigio o negocio, sino que remiten a otro sistema jurídico, que puede ser el propio o uno extranjero. Aunque se trata del método más complejo, es el que permite lograr la vinculación de sistemas (el propio con el extranjero), a menos que el sistema se apegue a un exagerado territorialismo.

Como explicamos, las normas de conflicto pueden remitir al sistema jurídico propio o a uno extranjero. Si remiten al sistema jurídico procesal propio (*lex fori*), este suele ser el más empleado en el ámbito procesal, pero también es posible que remitan a un sistema jurídico procesal extranjero. Este tipo de normas es localizable en el sistema mexicano. Por ejemplo para cuestiones sobre cooperación

internacional (arts. 543, 544 548, 549, 555 del CFPC) se remite al ordenamiento mexicano. Igualmente, la legalización de un documento extranjero debe presentarse «conforme a las leyes aplicables» (arts. 546 y 552 CFPC), o las formalidades de las actuaciones podrán practicarse en los términos requeridos por el exhortante (art. 555 CFPC).

No ocurre en lo procesal lo que acontece en las relaciones sustantivas, en cuyas normas es más fácil reconocer la aplicabilidad del derecho extranjero. Esto hace que tradicionalmente se haya catalogado al sistema procesal de cada país como territorialista, salvo casos muy excepcionales.

Incluso, la mayoría de los estudiosos del derecho internacional privado seguidores del tratamiento tradicional o antiguo a que nos referimos al iniciar el este ensayo al afirmar la exclusiva aplicación de la *lex fori* procesal, ni siquiera examinan la justicia de la misma, y por inercia de la tradición niegan que para lo procesal se pueda aplicar sistema jurídico procesal extranjero.

En fin, tomando en consideración las normas propias de cada uno de los métodos o grupos de normas que hemos explicado, en adelante presentaremos el derecho aplicable a diversos actos, situaciones o hipótesis propias del proceso.

Cabe dejar aclarado que cuando nos referimos a la posibilidad de reconocer o aplicar un *sistema jurídico extranjero*, con ello implicamos *la normatividad* extranjera, así como los actos, resoluciones e instituciones jurídicas extranjeras.

En la *normatividad* comprendemos leyes, reglamentos, precedentes judiciales y cualquier tipo de regla, como el caso de circulares. En los *actos y resoluciones* quedan las disposiciones específicas pronunciadas para a un caso concreto (por ejemplo la resolución de un juez que ordena una notificación o expide una sentencia condenatoria), y en las *instituciones jurídicas* encontramos las construcciones jurídicas afectadas a un fin común (por ejemplo el *pre-trial discovery* o el *expert witness of law*).

En lo especial, para explicar el derecho procesal aplicable nos podemos referir enseguida al sistema jurídico aplicable a: a) las

comisiones rogatorias, consulares y diplomáticas, b) la notificación, citación y emplazamiento, c) la obtención de pruebas, y d) al exequátur y la ejecución de sentencias.

2. DERECHO APLICABLE A LAS COMISIONES ROGATORIAS, CONSULARES Y DIPLOMÁTICAS

Recordaremos que en la implementación de las comisiones rogatorias, las consulares y las diplomáticas desde el momento en que se ordena su expedición, pasando por su diligenciamiento y luego la devolución de resultados, implican una vinculación a cuando menos dos territorios sujetos a diversos sistemas jurídicos. De aquí se deriva la duda en torno a *cuál es el sistema jurídico procesal que rige a estos rituales cooperacionales*.

Para la preparación del exhorto o comisión rogatoria dentro de los procedimientos que se siguen por el tribunal que pide, el derecho aplicable es el propio o *lex fori*.

En cambio, dentro de los procedimientos que sigue el país cooperador, resulta permisible que en casos excepcionales se aplique el derecho del país requirente.

El órgano o tribunal estatal cooperador a un proceso en el extranjero, tan luego como ordena se diligencie la actuación que por exhorto le fue requerida, debe elegir el sistema jurídico en base al cual se practicarán las actuaciones.

Balduinus sostuvo que las normas procesales o de *ordinatoria litis*, correspondían a leyes esencialmente territoriales, en tanto que las de fondo, tienen la posibilidad de ser extraterritoriales.

Esa vieja clasificación de Balduinus en nuestro concepto ha quedado rezagada en la historia, pues en la aplicación de normas procesales (por el tribunal mexicano exhortado), no serán necesariamente las del foro exhortado. Por ejemplo, los actos procesales que se ejecuten pueden incluir *actos procesales adicionales*. Lo anterior se hace necesario para lograr la coordinación y armonización del derecho cooperacional internacional.

En el caso de los *exhortos o comisiones rogatorias* (no en el de las comisiones consulares o diplomáticas), al intervenir el órgano estatal que pide la cooperación, y el órgano de otro Estado que accede, como regla general el sistema jurídico aplicable para la diligencia es la del Estado donde se diligencia, y no el del que requiere. Pero en el caso de las *comisiones diplomáticas o las consulares*, no se presentan dos autoridades sometidas a regímenes jurídicos diversos. Por ejemplo, el cónsul mexicano en el extranjero generalmente está bajo la regulación del derecho mexicano o de los tratados internacionales aplicables. Por tanto al faltar base para considerar en similitud a la comisión rogatoria y a la comisión consular, tampoco podemos considerar un tratamiento similar.

A reserva del análisis profundo que se pueda hacer sobre los casos de notificaciones, citaciones, emplazamientos, pruebas, exequatur y ejecución de sentencias, requeridos mediante exhortos o comisiones consulares, destacaremos algunas ideas básicas propias derivadas del derecho aplicable a las comisiones rogatorias y consulares.

A) REGLA GENERAL APLICABLE

Como regla general en el exhorto o comisión rogatoria la autoridad exhortada aplica el sistema jurídico del lugar en que actúa (*lex fori*), en la comisión consular o diplomática, el agente que diligencia ordinariamente no aplica el derecho del *lugar en que actúa*, sino el del *país que representa*.

Por tanto, en base al derecho convencional internacional, el derecho aplicable en la comisión consular será, como regla general, el derecho del Estado que requiere la diligencia de cooperación a su representante en el extranjero, sin que importe que tal representante se encuentre en un lugar donde el derecho aplicable sea diverso al del Estado que lo envió.

Naturalmente que lo que acabamos de afirmar posee algunas excepciones, por eso dijimos que esa era la regla general y no la específica.

La afirmación que sostenemos se encuentra en diversas fuentes internacionales entre las cuales encontramos la Convención Consular México-Estados Unidos,⁷ la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, de la que es parte España,⁸ la Convención de La Haya sobre Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial, de la que también es parte España,⁹ el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas,¹⁰ la Convención Consular México-Gran Bretaña (art. 22, 1, a), etc. Se trata de instrumentos jurídicos en los que se establece que el derecho aplicable es o podrá ser el del Estado requirente, y no el del Estado donde se practicará la diligencia¹¹.

Como ya veremos, la posibilidad de aplicar un sistema jurídico procesal extranjero también se encuentra en el derecho interno mexicano o el de otros países. Por ejemplo en Estados Unidos de América, las diligencias que le sean solicitadas por medio de carta rogatoria podrán realizarse *en su totalidad o en parte conforme «al procedimiento del país extranjero o tribunal internacional»*¹².

Esto obedece a varias razones: a) que al tribunal que tramite el proceso principal no le sean extraños los actos, prácticas o leyes extranjeras, b) que el órgano que coopera no es el mismo que resuel-

⁷ «Los funcionarios consulares, de acuerdo con las leyes de sus países respectivos, podrán dentro de sus distritos correspondientes...» (art. VIII).

⁸ «Los funcionarios consulares o agentes diplomáticos podrán dar cumplimiento a las diligencias... siempre que ello no se oponga a las leyes de mismo (Estado en que se encuentren acreditados)», (art. 13).

⁹ El art. 21 establece que el agente diplomático o consular «puede proceder a todo acto de instrucción que no sea incompatible con la ley del Estado de ejecución».

¹⁰ «En la recepción de pruebas de información... pueden observarse las reglas y procedimientos vigentes en el Estado Parte requirente» (art. 12).

¹¹ Reiterando lo afirmado, el art. 560 del CFPC establece que «en materia de recepción de prueba en litigios que se ventilen en el extranjero, las embajadas, consulados y miembros del Servicio Exterior Mexicano estarán a lo dispuesto en los tratados y convenciones de los que México sea parte y a lo dispuesto en la Ley orgánica del servicio exterior mexicano, su Reglamento y demás disposiciones aplicables».

Si se lee con cuidado esta disposición, en ella no se menciona el derecho del Estado donde se actuará.

¹² U.S. Statutes on International Judicial Assistance, 28 U.S.C. (1782).

ve el fondo controvertido, y c) las diligencias a ejecutar tendrán efecto directo en el país que requiere la cooperación, etc.

El Código Bustamante (art. 391) preceptuó que «el [país] que reciba el exhorto o comisión rogatoria debe ajustarse en cuanto a su objeto a la ley del comitente y en cuanto a la forma de cumplirlo a la suya propia». Resulta de importancia este texto, porque El Salvador lo introdujo en Declaración a la firma de las convenciones sobre recepción de pruebas, así como en la de exhortos o cartas rogatorias, lo que hace aplicable esta disposición.

Contra lo que siglos atrás opinó Balduinus y muchos de los actuales estudiosos, la normatividad procesal aplicable a la diligenciación de un exhorto puede ser *foránea*, circunstancia que se refuerza en los artículos 10 de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, y 6 de la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero.

Los iberos Julio González y Rodrigo Recondo exponen que «...el examen del Derecho comparado y, en particular, del Derecho convencional internacional, pone de relieve que existen ciertas materias en las que generalmente se admite el recurso a una ley procesal extranjera. Sustancialmente, se trata del sector de la “asistencia judicial internacional”, que comprende, ...la notificación de actos judiciales en el extranjero y la obtención de pruebas en un Estado extranjero. La autoridad requerida para proceder a estos actos, los verificará, de ordinario, conforme a su propio ordenamiento; aunque en los Convenios adoptados por la Conferencia de La Haya se admita, excepcionalmente, que *la autoridad extranjera dé cumplimiento a la petición hecha por el tribunal del foro según una “forma particular”* solicitada por éste a menos que “ello no sea incompatible con la ley del Estado requerido”»¹³.

En consecuencia, tanto en México como en España el derecho aplicable a la diligenciación de un exhorto no necesariamente es la *lex loci cooperationis*, pues también es posible aplicar la *lex causae*, es decir, la ley del lugar del exhortante.

¹³ GONZÁLEZ CAMPOS, Julio y RODRIGO RECONDO PORRÚA, *Lecciones de Derecho Procesal Internacional*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1981, p. 107.

Fernando García Olano a este respecto reitera que «el cumplimiento del exhorto, de conformidad con la regla *locas regit actum*, está sujeto en principio a la ley procesal vigente en la jurisdicción del juez exhortado. Y decimos "en principio" pues se admite también que su ejecución se realice en la forma solicitada por el juez exhortante sobre la base de su propia ley de rito, aunque no coincida con la correspondiente al juez exhortado, siempre que aquélla no viole a ésta en sus fundamentos y pueda ser admitida sin violencia. De manera que nada se opone a que se precise en el exhorto la forma y plazos en que debe realizarse una diligencia (por ejemplo, una prueba de testigos)¹⁴.

En fin, como lo hemos visto en la diligenciación, esta puede estar regulada por normas no establecidas en el derecho mexicano o doméstico. Todo con el firme propósito de lograr una real cooperación a un proceso extranjero.

B) EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL

En la actualidad la regla general aplicable al proceso es la *lex fori* o sistema procesal doméstico. También se afirma esta idea para los actos procesales que realiza un tribunal cooperador en el caso de exhortos.

Para la diligenciación de un exhorto por el cooperador, la regla general afirma la aplicabilidad de la *lex fori*, pero como regla de excepción es permisible la ley o sistema jurídicos del exhortante. En cambio, en la diligenciación de las comisiones consulares, la regla general establece que el derecho aplicable será el del Estado que requiere la cooperación (el del Estado acreditado), en cambio, la excepción dispone que el derecho aplicable al acto cooperacional será el del Estado en que se actúa (Estado acreditante).

En las excepciones al derecho aplicable al diligenciamiento de una comisión consular, encontramos *normas que limitan* la aplicación del

¹⁴ GARCÍA OLANO, Fernando y otros, «Informe», en Cooperación Interamericana en los Procedimientos Civiles y Mercantiles, 1982, p. 26.

derecho del Estado requirente. Por ejemplo, el artículo 13 de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, que también signó España, aunque permite a los agentes consulares o diplomáticos realizar actos de instrucción, tal facultad sólo la podrán realizar a condición de que tales actos *no se opongan a lo que establezcan las leyes del Estado* en que se encuentren acreditados. Igualmente el artículo 21 de la Convención de La Haya sobre Obtención de Pruebas en Materia Civil o Comercial, también signada por España, establece que las diligencias se podrán realizar a condición de que *no estén prohibidas por la ley del lugar donde se actuará*, es decir, donde se pretende realizar la actividad cooperacional.

En otras excepciones a la diligenciación de una comisión consular, encontramos algunas *modalidades* que posiblemente no estén establecidas en el derecho del Estado requirente, por ejemplo un declarante podrá invocar una dispensa para declarar, ya sea que se encuentre establecida en la ley del Estado requirente, o en la ley del Estado donde se practicará la diligencia ¹⁵. También encontramos un *rechazo absoluto* a específicas normas del Estado requirente, por ejemplo, tratándose de medidas de apremio, nunca podrán ser las establecidas en el derecho del Estado requirente, sino en el del Estado requerido. Incluso, su aplicación ni siquiera corresponde a los agentes diplomáticos o consulares, sino a las autoridades del Estado donde se actúa ¹⁶. Igualmente no se podrá practicar una diligencia cooperacional, cuando esté prohibida por el derecho del lugar donde se pretende actuar ¹⁷.

En el caso de las comisiones rogatorias, ya decíamos que la regla general consiste en la aplicación de la *lex fori*, pero como lo veremos, la regla específica nos indica la posibilidad de aplicar *norma procesal extranjera*. Tal ocurre por ejemplo al adoptarse formas procesales no especificadas en la ley del foro, al igual que formas no correspondientes o formas adicionales.

¹⁵ Art. 21, e) Convención de La Haya sobre Obtención de Pruebas en Materia Civil o Comercial.

¹⁶ Art. 18 Convención de La Haya sobre Obtención de Pruebas en Materia Civil o Comercial.

¹⁷ Art. 21, d) Convención de La Haya sobre Obtención de Pruebas en Materia Civil o Comercial.

C) IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO

Para las comisiones consulares, tanto en México como en España, en la conjugación del derecho del Estado requirente y la aplicación del derecho del Estado en donde se requiere cooperación, la implementación del derecho tendrá que realizarse de tal manera que «sea compatible con las leyes y reglamentos del Estado receptor»¹⁸, es decir, que «no sea incompatible con la ley del estado de ejecución»¹⁹...

Para los internacionalistas la regla que limita los alcances de la función consular extranjera es conocida como *cláusula danesa*. Aunque existen diversos enfoques e interpretaciones en torno a esta cláusula, encontramos aquéllas en las que se impide al cónsul cualquier acto que sea incompatible con el sistema del Estado receptor, hasta la más aligerada que indica que la actividad consular sólo está limitada en cuanto trasciende al estado receptor²⁰.

Para los exhortos o comisiones rogatorias no existe una disposición tan expresa que apunte a lograr la compatibilidad de ambos sistemas (requirente y requerido). A pesar de ello, no es posible olvidar que entre ambos sistemas debe tenderse a la cooperación del acto procesal extranjero, en los que pueda establecerse la *armonización y coordinación de los actos cooperacionales*.

3. DERECHO APLICABLE A LA NOTIFICACIÓN, CITACIÓN Y EMPLAZAMIENTO

Como regla general el derecho aplicable a los actos consistentes en notificaciones, citaciones y emplazamientos es la *lex fori*.

¹⁸ Arts. 5, 1) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, 22, 1, f de la Convención Consular México Gran Bretaña y 10 de la Convención sobre Agentes Consulares de La Habana.

¹⁹ Art. 21, a) de la Convención de La Haya sobre Obtención de Pruebas en Materia Civil o Comercial.

²⁰ Recomendamos el trabajo de XÍLOTL RAMÍREZ, Ramón, «La Cláusula Danesa y su Aplicación en México», en su obra Ensayos Filosóficos, SRE, México, 1987.

Sobre las notificaciones (no sólo de la demanda, sino también de otro tipo de resoluciones) hacen referencia diversos preceptos del CFPC. Así es factible hacer en México notificaciones en cooperación a un proceso extranjero (art. 547), sin que esto signifique que México reconocerá competencia del tribunal extranjero (art. 545).

En relación a la normatividad aplicable a la notificación de una demanda cuya sentencia pronunciada pretenda ser ejecutada en un país miembro de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, la notificación de la demanda que dio lugar a esa sentencia debe haberse realizado de manera «*sustancialmente equivalente* a la de la ley del lugar de la ejecución»²¹. Esto es, que tanto en México como en España el derecho aplicable a la notificación de una demanda cuya sentencia se ejecutará en uno u otro país, tal notificación deberá realizarse de manera *substancialmente equivalente* a como lo establece el derecho del lugar donde se ejecutará la sentencia. No se exige que en el lugar donde se ejecutará la sentencia la notificación se hubiese hecho *de manera igual* a la de su derecho, sino que basta la *equivalencia*.

Los tribunales mexicanos han resuelto en varias ocasiones en relación a las notificaciones de demanda, a las que designa como emplazamientos²².

²¹ Arts. 3 Protocolo a la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, y 11, f de la Convención celebrada entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Judiciales y Laudos Arbitrales en Materia Civil y Mercantil.

²² La Suprema Corte de Justicia ha establecido que «si se comprueba que la persona demandada en juicio de divorcio en el Estado de Morelos, tiene su domicilio fuera de dicha entidad federativa, aún cuando el emplazamiento (sic. notificación de la demanda) haya sido hecho por medio de una *publicación* en el Diario Oficial de dicho Estado, debe considerarse que no ha sido debidamente emplazada y por lo tanto, que es procedente el amparo contra la sentencia relativa, ya que le ha privado de defensa, por la falta de emplazamiento». T-XXXI, p. 1.348, Tomado de Arce, ALBERTO G., Derecho internacional privado, Ed. Universidad, Guadalajara, 1973, p. 214.

También ha establecido que «el emplazamiento por medio de la prensa sólo es legal cuando no se conoce el domicilio del demandado, pues si se prueba que éste tiene su domicilio fuera de la jurisdicción del juez que conoce del juicio, y la notificación y emplazamiento para comparecer al mismo, ha pretendido

Por lo que hace a las *citaciones*, éstas se regulan conforme al derecho del tribunal que mediante exhorto cumple con la notificación. Si acaso la citación se realiza mediante comisión consular, aquí el derecho aplicable puede ser el del Estado requirente y no precisamente el del Estado donde se hace la citación.

Para los *emplazamientos*, es decir el tiempo que se concede para realizar un acto procesal (emplazar proviene de plazo, es decir plazo), éste se regula por la *ley que regula el juicio*, y no por la ley del lugar donde se hace o notifica el emplazamiento ²³.

Aunque la posibilidad de que en México o España se empleen formas especiales en un exhorto, la Convención de La Haya de 1965 sobre traslados (significaciones) y notificaciones dispone que estas se podrán realizar conforme a la forma particular del requirente con tal de que no sea incompatible a la ley del Estado requerido (art. 5. b) ²⁴.

No existe en México un precepto tan lógico como el establecido en las Reglas de la Suprema Corte del Reino Unido que disponen que ninguna de las acciones a realizar en el extranjero, por ejemplo las notificaciones o emplazamientos, podrá ser ordenada por el tribunal inglés, cuando *la acción a realizar sea contraria a la ley del lugar donde se realizará el acto* ²⁵.

4. DERECHO APLICABLE A LA OBTENCIÓN DE LA PRUEBA

A reserva de lo que expondremos en un trabajo especial que después publicaremos, la regla general indica que el derecho aplicable a

hacersele mediante publicación del edicto respectivo, debe concluirse que por no habersele hecho en forma de notificación personal, fue ilegalmente citado para intervenir en el procedimiento y no pudo, por consiguiente, ser oída en el mismo». *Semanario Judicial de la Federación*, 5.^a Época, T-XLIX, p. 64, tomado de ACOSTA ROMERO, Miguel, *Código Federal de Procedimientos Civiles*, p. 432.

²³ No se confunda emplazar (conceder plazo) con notificar (dar a conocer una resolución).

²⁴ Esta convención no ha sido aprobada por México, aunque el estudio de la misma se encuentra en la Cancillería y es posible que sea enviada al Senado para su aprobación.

²⁵ United Kingdom: Rules of the Supreme Court. Order 11, Rule 5.

la obtención de la prueba es el del lugar en que se realizan los actos de obtención o práctica.

No obstante es de advertirse la posibilidad de aplicar derecho extranjero por ejemplo al diligenciar la obtención de una prueba.

Tanto México como España son suscriptores de la Convención de La Haya sobre Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial. Según este texto, a petición del tribunal requirente podrá procederse según alguna forma especial, obviamente esta forma especial será la especificada por el requirente (art. 9).

5. DERECHO APLICABLE AL EXEQUATUR Y A LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

En general el derecho aplicable al exequatur, la homologación y los efectos de la sentencia extranjera, es el del *forum executionis*, que visto desde la perspectiva del Estado que ejecuta, es la *lex fori*.

Tanto México como España son suscriptores del convenio bilateral sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Judiciales y Laudos Arbitrales en Materia Civil y Mercantil, que ha sido objeto de un excelente estudio por parte de nuestro buen amigo y compañero Pedro Pablo Miralles²⁶.

La *impugnación de la sentencia* se regula conforme al derecho del tribunal sentenciador o exhortante. El derecho que rige la impugnabilidad de la sentencia, es el del lugar donde se decidió, y no el del ejecutor.

Cabe enfatizar en lo anterior, porque suponiendo el caso de que contra la sentencia extranjera respecto de la cual se pide ejecución,

²⁶ MIRALLES SANGRO, Pedro Pablo, «El Reconocimiento de decisiones Judiciales y la Cooperación Judicial entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos en Materia de Derecho Internacional Privado: la Perspectiva Española», en Boletín de la Facultad de Derecho (BFD), Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2.^a Época, otoño, 1992, núm. 1.

estableciera la ley mexicana o la española en condiciones similares un medio impugnativo (por ejemplo el juicio de amparo casacional), éste será improcedente, en la medida en que rige el *medio impugnativo del lugar donde se sentenció* y no el del lugar donde se va a ejecutar.

Se auna a lo anterior el hecho de que el *tribunal competente* para conocer y resolver un medio impugnativo contra la sentencia extranjera, es el tribunal sentenciador, no el homologador.

En cambio, las impugnaciones contra las actuaciones practicadas en el procedimiento de exequatur, e incluso en el de ejecución, se rigen conforme al derecho del lugar de la ejecución o cooperación (*forum cooperationis*).

El derecho aplicable para determinar el *carácter de cosa juzgada*, se regula en base al derecho del tribunal sentenciador (Art. 571 fracción V del CFPC.).

El español José Luis Iglesias Buigues apunta que para la *solicitud introductoria del exhorto* requiriendo la ejecución de una sentencia extranjera, «las modalidades del depósito del escrito introductivo de la petición (la "*requête*"), se determinan por la ley del Estado requerido. Es ésta la que señalará, por ejemplo, las menciones que debe contener el escrito o el número de ejemplares que debe recibir el juez, la posibilidad de intervención de abogado o de procurador, etc.»²⁷. Sobre esto sólo nos queda agregar al derecho uniforme establecido por el derecho convencional, o en su caso el derecho que disponga la norma de conflicto aplicable.

El *procedimiento de exequatur* se regula en base al derecho del exhortado (arts. 6 de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Extranjeros y 17 del Convenio celebrado entre México y España sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Judiciales y Laudos Arbitrales en Materia Civil y Mercantil), salvo que el derecho de los conflictos del lugar de la ejecución remita a la aplicación de otro derecho.

²⁷ IGLESIAS BUIGUES, José Luis, *Competencia Judicial, Reconocimiento y Ejecución de Decisiones Judiciales en la C.E.E. y en Derecho Español*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977, p. 133.

La *regulación de la competencia directa del sentenciador* a los efectos del reconocimiento, es decir para determinar si tal competencia es compatible con las reglas adoptadas por la ley mexicana, ésta se regula en base al *derecho del lugar de la ejecución*,²⁸ o en su caso las *normas materiales* establecidas en la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras (art. 1), o el Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Judiciales y Laudos Arbitrales en Materia Civil y Mercantil (art. 4).

El derecho aplicable para *fixar o determinar la competencia exclusiva de los tribunales mexicanos*, se determina en base al derecho del tribunal homologador, y a la norma material establecida en el derecho convencional (art. 568 CFPC).

El derecho aplicable para *definir y calificar el orden público*, se regula en base al derecho del exhortado (arts. 569, primer párrafo y 571 frac. VII del CFPC).

El derecho aplicable a los *efectos jurídicos de la sentencia extranjera*, se regula según el derecho del exhortado, es decir el *forum executionis*, salvo disposición especial establecida en el derecho convencional internacional²⁹.

A pesar de que una sentencia se haya pronunciado en el extranjero, fundada inclusive en derecho extranjero, su ejecución en México, se realizará normalmente conforme al derecho mexicano. No

²⁸ Arts. 571 frac. III CFPC y 6 de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Extranjeros. Véase BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, t-II, De Palma, Buenos Aires, 1983, pp. 1.329 y 1.330.

²⁹ Arts. 569 último párrafo y 570 del CFPC. Julio GONZÁLEZ y RODRIGO Recondo sostienen que «debe tenerse en cuenta que los afectos en el foro de una sentencia extranjera son establecidos por el Derecho Internacional Privado del Estado receptor, no por el sistema jurídico extranjero; y es el ordenamiento del Estado receptor quien determina los requisitos a los que se subordina la producción de afectos por parte de una decisión judicial extranjera. GONZÁLEZ CAMPOS, Julio y Rodrigo RECONDO PORRÚA, *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, p. 147.

obstante, España o cualquier país extranjero pueden pedir a México, que en la ejecución se observen *formas distintas a las que el derecho mexicano dispone*, lo que resultará posible, en gran medida, para armonizar la sentencia dictada con su ejecución, siempre y cuando las formas solicitadas para la ejecución no pugnen contra el orden público o contra las conocidas como garantías individuales (Art. 555 CFPC).

6. COOPERACIÓN Y ARMONIZACIÓN INTERNACIONAL DEL PROCESO

A) SISTEMAS JURÍDICOS APLICABLES

En el último punto que hemos procurado en esta visita a España se encuentran algunas ideas que conforman parte de nuestro marco teórico sobre el derecho o sistema jurídico aplicable al proceso. No queremos pasar por alto y por ello lo exponemos. Como lo dijimos al inicio no sólo procuraremos una revisión a las bases y marcos teóricos tradicionales, sino que también procuramos la reconstrucción del derecho internacional sobre el proceso.

No basta determinar la aplicabilidad del sistema jurídico extranjero, ni basta que mecánicamente sea conocido. Cuando un Estado admite que dentro de un proceso se pueda aplicar en menor o mayor medida un sistema jurídico procesal extranjero como lo hemos dejado visto, no sólo lo hace para que de manera mecánica se aplique otro sistema. Cuando se hace es porque ello obedece *a la necesidad de cooperar a un proceso y de armonizar los sistemas jurídico procesales*.

Uno de los graves problemas que impulsa a la normatividad internacional sobre el proceso consiste en elegir el sistema o norma jurídica aplicable. Por ejemplo el sistema aplicable por el órgano *que requiere* a otro país cooperación a un proceso, o por el órgano *que está dispuesto a otorgarla* para ejecutar una sentencia extranjera, etc.

El problema para los casos de reconocimiento de normas, actos o instituciones procesales extranjeros y de cooperación a la resolución

de un litigio en el extranjero se confronta por el *órgano que ha de reconocer u otorgar la cooperación* a un proceso en el extranjero, más que por el que la pide. ¿En base a qué sistema jurídico se practicará el acto requerido? Sobre el particular el derecho internacional privado suele aludir a los dos extremos: aplicar el propio sistema jurídico (*lex fori*), que atiende al elemento territorial del Estado cooperador, o aplicar el derecho del Estado requirente, que pretende atender al elemento justiciero procurado en el proceso, en cuyo caso el derecho aplicable es el del *lugar donde se tramita el juicio principal* y no el del lugar en que se otorga la cooperación.

La regulación existente en cada país con frecuencia suele irse a uno de los extremos, especialmente a la aplicación del *derecho que rige al órgano que coopera*, lo que implica una tendencia a aplicar un sistema territorialista, sumamente cómodo para la autoridad que coopera, pero no necesariamente justo para la solución del litigio interpartes que trata de resolverse en el proceso principal.

En lo general, los juristas, juzgadores y legisladores suelen afirmar que el derecho aplicable es el del lugar en que se realiza el acto procesal (*lex fori*) y que excepcionalmente se puede aplicar derecho extranjero. No quieren pensar por ahora, que tal vez el derecho que regula o está tratando de resolver el litigio interpartes sea mejor o más justo que el aplicable en un territorio diverso al de donde se sigue el proceso principal. Todavía estamos muy distantes en pensar que el sistema jurídico aplicable a los actos de cooperación puede ser el que *rige o regula de manera natural el litigio* o el proceso entre las partes.

La existencia de cuando menos dos sistemas jurídico-procesales (el propio y el extranjero) parece indicar que en los problemas de frontera entre ambos existen otros sistemas, que al lado del *propio* y del *extranjero*, pueden ser el *uniforme*, establecido generalmente en alguna convención internacional, el *coordinado*, establecido por el legislador y que permite la cooperación con derecho propio, o el *armónico*, que es más producto de la creación jurisprudencial que legislativa.

En realidad, el sistema coordinado no es por completo un sistema totalmente diferente al propio o doméstico, sino parte de éste, pero que por decisión del propio legislador interno permite vincular

el sistema extranjero con el propio, a semejanza de los gradientes de una rondana, que no sólo logra girar sobre su eje, sino que también permite que la otra gire al mismo ritmo ³⁰.

La regla que permite sacrificar una porción del propio sistema en gran medida corresponde a la regla que es parte del propio sistema, que en principio procura el *equilibrio entre sistemas*, pero en la práctica *tiende a la obtención de la justicia del acto vinculado* a dos o más ordenes jurídicos.

Visto el problema desde el ángulo de la política jurídico procesal tenemos que si acaso se piensa en *alinearse el trabajo de los funcionarios* del Estado que coopera, o se piensa que el derecho interno del cooperador es sino *de imperio soberano*, o se trata de *tutelar los intereses gubernamentales*, la *lex fori* con fórmulas esencialmente nacionalistas es la aplicable.

Pero si el propósito subyacente en la mente del legislador del Estado cooperador es procurar el *medio más idóneo para solucionar el litigio interpartes*, el derecho aplicable no necesariamente será la *lex fori*, sino el más adecuado a la solución del litigio interpartes, sacrificando el interés gubernamental egoísta o el plácido descanso de los juzgadores o funcionarios cooperadores, para dar cabida a un interés justiciero en la solución del litigio interpartes.

Los procesalistas con frecuencia aluden al ideal de buscar la *verdad material* por sobre la *formal*, lo que no necesariamente ocurre cuando se mezclan diversas leyes o sistemas jurídicos descoordinados.

Planteado de otra manera, el propósito subyacente se formularía con la respuesta a la siguiente interrogante: ¿deben elaborarse las normas procesales para la burocracia judicial o para los litigantes?, ¿es indispensable aplicar el derecho del foro cooperador para darle comodidad al funcionario en su actuar, o será necesario forzar al funcionario a que se esfuerce por aplicar el derecho más idóneo que se encamine a la justa composición del litigio?, ¿debemos acaso aferrarnos a la

³⁰ Un tercer sistema llevado al extremo ha sido planteado por algunos iusprivatistas y que cubren con el ropaje de diversas técnicas de derecho comparado para la precisión de la norma aplicable.

lex fori, aún cuando ello esté en detrimento de la justa composición del litigio?

Si los gobernantes de ambos países se ponen de acuerdo, pueden llegar a la creación de normas uniformes, como algunas de ellas encontradas en el derecho convencional internacional que hemos dejado vistas.

Ante la falta y gran dificultad de codificar normas uniformes, el legislador interno al dar respuesta a estas interrogantes debe tomar en cuenta que para la resolución de un litigio interpartes debe ponderar los diversos sistemas jurídicos que al mismo están vinculados. Debe tomar en cuenta que en la realidad el rechazo a un sistema jurídico extranjero no necesariamente obedece a que sea inmoral. Tampoco debe olvidar que la aceptación del propio sistema implica la mayoría de las veces que ese sistema territorialista es autosuficiente y dogmático.

En fin, el legislador interno debe saber que sacrificar al propio sistema y aceptar el ajeno tampoco implica que ello debe fincarse en la *tolerancia*, que si implica quebrantar una norma, o un disimulo hacia la misma. Si se acepta el derecho, institución o sistema extranjero, esto debe fundarse en el derecho y no en la excepción a éste.

El Estado de derecho de la actualidad no sólo procura ser un simple Estado, sino un *Estado de derecho*. Esto es, un Estado que aspira a vivir dentro de un orden jurídico. Si el derecho es el marco del Estado, es obvio que el fin que persigue el Estado al abrazar el derecho es la justicia. En fin, *todo Estado que se precie de ser un Estado de derecho, es o debe ser un Estado que aspire a la justicia y bien común* y no sólo a una vana seguridad jurídica.

Todos los problemas o litigios entre los ciudadanos de cualquier Estado de derecho deben solucionarse con justicia. Por eso, cualquier Estado, sea que sus súbditos sean nacionales o extranjeros, que sus problemas se den dentro o fuera de las delimitaciones territoriales, debe procurar solucionar o ayudar a solucionar cualquier litigio interpartes procurando la justicia.

El derecho en cualquier Estado de derecho es o debe ser un medio para alcanzar la justicia. El derecho debe procurar que cualquier litigio interpartes sea solucionado con justicia.

B) ELECCIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO

La aplicabilidad a un proceso, tanto de las normas del tribunal originario como del cooperador de manera extrema provoca la multiplicación de sistemas jurídico procesales para resolver un litigio interpartes. ¿Es posible polarizar los sistemas jurídicos aplicables?, ¿el tribunal que coopera debe aplicar su *lex fori* sin tomar en consideración el litigio que pretende resolverse?, ¿debe ignorar el sistema jurídico de donde emana la solicitud de cooperación?

A nuestro entender cabe dejar en claro que las normas sobre cooperación internacional al proceso, al igual que cualquier sistema jurídico, no se debe fundar, establecer o aplicar en base a meras consignas formalistas, dogmáticas o técnicas, sino en atención a *realidades y necesidades vitales*, sociales y de convivencia humana subyacentes a cualquier construcción jurídico formal (aspecto social), al igual que a *valores superiores* al mero interés y comodidad del funcionario cooperador (aspecto axiológico).

Para elegir el sistema jurídico que se aplicará a los actos que practicará el órgano cooperador podemos pensar en cualquiera de los siguientes sistemas:

- Sistema legal del tribunal que otorga la cooperación, que es el mismo que sirve para tratar o solucionar los litigios locales (*lex fori*).
- Sistema legal uniforme, localizable generalmente en el derecho convencional internacional, que implica el acuerdo entre ambos Estados.
- Sistema legal que rige al requirente de la cooperación (sistema extranjero). Se trata del mismo sistema jurídico que rige al proceso principal.
- Sistema legal especial coordinado o armonizado (*ad hoc*) que con justicia procure el auxilio. Este sistema puede ir desde las normas que comprenden una perspectiva autonomista (ni extranjero, ni propio) o una propia, pero que comprenda normas de coordinación y armonización con otros sistemas jurídicos.

Con exclusión del sistema uniforme, vistos los tres sistemas desde la perspectiva del tribunal cooperador, el territorialista implica la aplicación *lex fori* y territorialista, el extranjero la aplicación de la *ley o derecho extranjero*, y el cuarto implica la aplicación de *leyes armonizadas o coordinadas, materiales y autolimitantes*.

A reserva de la explicación que adelante haremos del sistema especial (coordinación y armonización) *no es aconsejable aplicar de manera exclusiva la normatividad territorial o la extranjera*. En cualquiera de ambos casos los extremos harán imposible la cooperación.

Aunque bajo el sistema jurídico procesal mexicano de manera general se aplica *lex fori*, cabe la posibilidad de aplicar derecho extranjero. Por ejemplo, en el caso de las comisiones consulares se permite, como ya lo vimos, la aplicación del derecho procesal extranjero siempre y cuando «sea *compatible* con las leyes y reglamentos del Estado receptor»³¹.

El derecho procesal aplicable por el órgano que auxilia o coopera, no necesariamente debe ser el del foro, es decir el territorial. Tampoco podemos ir hasta el extremo de pedir que el cooperador aplique siempre el derecho del lugar de donde se pide o solicite la cooperación. Un *criterio de coordinación o de armonización*, que permita que un litigio interpartes también sea tratado en lo posible por el sistema jurídico más adecuado en el tratamiento del litigio también parece ser justo. Lo menos que se puede esperar son los mínimos estándares de vinculatoriedad entre sistemas, que tiendan un puente entre ambos.

No estamos de acuerdo en que de manera mecánica se aplique la norma de conflicto: ley del cooperador o ley del requirente de la cooperación. La fijación y elección del punto de contacto debe centrarse en el fin que procura y no en la norma en sí.

En fin, sea cual fuere el sistema jurídico procesal aplicable, no debe olvidarse que el mejor será aquel que contribuya *más acabadamente para dar solución a los litigios interpartes llevados a un proceso*.

³¹ Art. 21 de la Convención de La Haya sobre Obtención de Pruebas en Materia Civil o Comercial.

C) COORDINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE

El derecho procesal aplicable por el Estado que realizará el acto podemos atisbarlo bajo dos perspectivas:

- Las normas procesales *esencialmente territorialistas*, esto es, que la normatividad aplicable es elaborada por el legislador pensando única y exclusivamente en la forma como se tratan o solucionan los litigios interpartes dentro del propio Estado. Estas normas procesales son elaboradas para un específico grupo social, con una muy propia cultura, ignorando otras culturas o sistemas. Se trata de un *sistema interno, egoísta*, al que no le importan los actos procesales que resolverán un litigio en el extranjero. Se trata de la misma normatividad a que nos referimos en el apartado anterior.

- Las normas procesales *coordinadas*, esto es, la norma procesal que el legislador interno expide pensando en la existencia de otros sistemas jurídico procesales, es decir, sin ignorar otras culturas o sistemas. Se trata de un *sistema altruista*, que procura o trata de auxiliar a resolver un litigio interpartes que se resolverá en el extranjero. Estas normas pueden derivar del derecho interno o del convencional internacional.

El último tipo de normas, dentro de las que caben las uniformes, al igual que las materiales con vocación internacional, son normas que procuran elaborarse de manera que engranen o coincidan con otros sistemas jurídicos. Ponen un puente para solucionar litigios interpartes en el extranjero. No en vano a estas normas de conflicto también se les conoce como *normas de adaptación*.

En la *normatividad interna* encontramos aquellas disposiciones con vocación internacional en las cuales el legislador reconoce la posibilidad de cooperar a un proceso extranjero. Por ejemplo aquí encontramos las normas procesales internas que permiten simplificar formalidades procedimentales.

En la *normatividad internacional* encontramos normas uniformes. Estas normas provienen del derecho convencional internacional y uniformizan el sistema de dos o más Estados. Por ejemplo la norma que fija un mínimo formato o formulario para enviar o devolver un exhorto.

D) ARMONIZACIÓN DEL DERECHO APLICABLE

Cabe aclarar que la armonización a que nos referimos no sólo comprende la *armonización del derecho de fondo*, punto que con frecuencia ha sido abordado por la doctrina; tampoco comprende exclusivamente la *armonización conflictual*, que es la que permite al tribunal aplicar varios sistemas jurídicos, el más idóneo; sino que aquí nos estamos refiriendo a la *armonización de las normas de cooperación procesal*, punto que no parece claro en los estudios de la actualidad, pero que es necesario ahondar en ellos.

En realidad, la cooperación no se da u otorga a un órgano extranjero como tal, sino a los *litigantes que requieren el auxilio* para poder ver solucionado su litigio interpartes. Es necesario que los Estados y sus legisladores entiendan que cuando otorgan un acto de cooperación, ello no significa que se beneficie un Estado extranjero, sino a los particulares o sujetos litigantes que han acudido a ese Estado para que se les auxilie a solucionar su litigio.

Para las áreas o campos de cooperación a un proceso extranjero aún no regulados por normas de coordinación internacional, queda recomendarles que su derecho interno, si se precisa o afana en ser justo, debe implementar normas o disposiciones procesales que teniendo como base la cooperación internacional, se orienten a la justa composición del litigio interpartes, dentro de las que quedan las normas de armonización procesal ³².

³² ABARCA LANDERO expone que «la cooperación procesal internacional se enfrenta a las divergencias de sistemas procesales que en ocasiones no son compatibles entre sí y en otras ocasiones muestran divergencias menores o de detalle pero de cualquier manera en uno y otro caso esas divergencias pueden impedir definitivamente la cooperación procesal internacional, o, por lo contrario, pueden ser superadas. La diferencia estriba en el grado de rigidez o de flexibilidad que presente el sistema jurídico receptor a través de sus disposiciones legislativas o de la interpretación jurisprudencial del derecho. La mayor flexibilidad que pueda ofrecerse redonda en una mejor capacidad para conceder la cooperación procesal solicitada».

«La flexibilidad –continúa Abarca– a que aquí nos referimos consiste en un margen de tolerancia en la respuesta procesal a las peticiones de necesidades extranjeros de cooperación procesal para acceder al cumplimiento de diligencias

La armonización de que venimos hablando, debe definirse a partir de la *finalidad a que se orienta la cooperación*: solucionar el litigio interpartes que ha sido llevado al proceso para su composición. No puede considerarse armonizado y justo aquel sistema de cooperación a un proceso en el extranjero que no contemple o considere la finalidad propia de todo proceso.

El sistema jurídico procesal a aplicar por el cooperador debe tender a la justa composición del litigio interpartes. Esa justicia no es fácil que se alcance con la simple y mecánica aplicación de la *lex fori*. Para que el cooperador pueda apoyar para que un litigio se solucione con justicia, podrá aplicar el derecho armonizado.

Este *derecho armonizado* no corresponde a normas propias del derecho interno, ni a normas del derecho extranjero, ni a normas del derecho convencional internacional. Se trata de normas creadas generalmente por el juez de manera especial para el caso concreto que se plantea. Los estudios suelen considerar a estas normas dentro de una normatividad autónoma ³³.

La armonización no supone un simple elegir mecánicamente uno u otro sistema jurídico, sino aplicar entre dos o más sistemas jurídicos un mecanismo ágil y dinámico que procure alcanzar las finalidades implícitas que la propia cooperación exige por necesidad.

El Código Civil mexicano (art. 14) llega incluso, para los casos de *depeçage* a establecer que cuando un mismo supuesto o dato fáctico esté regulado por diversos sistemas jurídicos, «éstos serán aplicados *armónicamente*, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos».

En fin, pese a la crítica que se les pueda hacer a algunos iusprivatistas, no debemos rechazar varias de sus afirmaciones orientadas

que no se ajusten plenamente al sistema procesal nacional». ABARCA LANDERO, Ricardo, «*El Derecho Procesal Mexicano en el Terreno Internacional*», en Revista Mexicana de Justicia, Núm. 1, Vol. V, Enero-marzo 1987, Procuraduría General de la República, p. 242 y 243.

³³ Sobre el tema véase CAPPELLETTI, Mauro, *Dimensiones de la Justicia en el Mundo Contemporáneo*, Porrúa, México, 1995, pp. 32 y ss.

más al *interés de las partes* que al *interés gubernamental*. Aunque al final el interés gubernamental es la satisfacción de los intereses de los gobernados, más que de los gobernantes. De ahí que las ideas que aluden al *centro de gravedad de la relación* o a los *puntos de conexión mas significativos* no deban del todo ser rechazados.

Una norma armonizada para lo procesal la encontramos en la notificación de una demanda, la que debe hacerse de manera «substantialmente equivalente» a la del lugar donde pretenda ejecutarse la sentencia resultante»³⁴.

Por último, a nivel convencional internacional, el juez o funcionario debe interpretar cualquier tratado tomando en cuenta «su objeto y su fin...»³⁵. Incluso «las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diversos aspectos de una norma o relación jurídica, serán *aplicados armónicamente*, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones»³⁶.

E) REGULACIÓN DE LOS CRITERIOS DE COOPERACIÓN A UN PROCESO EXTRANJERO

El derecho cooperacional al proceso extranjero comprende a las normas de coordinación, así como las de armonización que hemos explicado. El derecho interno a ultranza o el extranjero por si solos impiden una real cooperación.

Varios países han adoptado para sus autoridades cooperadoras algunas excepciones a la aplicación de la ley procesal territorial, como ocurre en el caso de varios países americanos, incluyendo

³⁴ Arts. 3 del Protocolo a la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros y 11, f de la Convención Celebrada entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Judiciales y Laudos Arbitrales en Materia Civil y Mercantil.

³⁵ Art. 31 de la Convención sobre el Derecho de los Tratados.

³⁶ Art. 9 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.

México y España, lo que significa un paso adelante para alcanzar el valor justicia mediante la cooperación internacional al proceso. Muy seguramente estamos en los balbucesos o principios de lo que en el futuro será.

Aunque en el derecho cooperacional el sistema procesal de muchos países sigue en lo general la *lex fori* a ultranza, la apertura surgida en México, principalmente a partir de las reformas de 1988 a las leyes procesales internas, permiten acoger el *derecho procesal armónico* cuando resulta posible realizar actos procesales acordes a la «finalidad implícita» del proceso extranjero, cuando se posibilita practicar «formas distintas o no correspondientes» a las establecidas en el derecho procesal cooperador mexicano, o practicar «formas adicionales» a las que proporciona el sistema procesal cooperador mexicano.

Los tribunales españoles pueden pedirle a un tribunal mexicano la práctica de actos procesales conforme a la regulación española, aun cuando no existan en la ley mexicana, requiriéndose únicamente que no vulneren su orden público o sus derechos humanos.

La posibilidad de que un órgano mexicano en funciones de cooperación a un proceso en España o cualquier país extranjero pueda realizar actos cooperacionales en que considere la finalidad implícita, o formas distintas o diversas a las acogidas en la *lex fori*, ello da la pauta a pensar que la política procesal internacional mexicana sostiene que debe *darse auxilio o cooperación a un proceso extranjero*, incluso aún sin sujetarse a los vetustos criterios de reciprocidad.

La cooperación no sólo supone aplicar reglas en base a las normas o guías sugeridas por el órgano requirente, sino también en base a criterios de armonización o coordinación como lo dejamos explicado.

Ojalá que el derecho aplicable al derecho procesal estuviera regulado por el *derecho más idóneo a la justa composición del litigio* interpartes. Sostenemos que la *lex fori*, esencialmente territorialista, no es la más idónea a esa justa composición, y que a medida en que nos distanciamos de la mera *lex fori* procesal habrá mayor justicia en la conflictiva humana.

Texeiro Haroldo Valladao decía que «la justicia y la equidad en la apreciación de los hechos ligados a órdenes jurídicos divergentes, en la

solución de los conflictos de leyes, tienen que realizarse sin *subordinación a puntos de vista radicales y aislados* —originados en puras elucubraciones teóricas ajenas a la realidad social, apriorísticas y unilaterales»³⁷.

Por ahora nos basta afirmar que el derecho mexicano no acoge de manera exclusiva a la *lex processualis fori*, territorial y egoísta, dada la posibilidad de aplicar algunos elementos del sistema procesal extranjero. Pero tampoco quiere decir que la justa solución de los litigios interpartes está asegurada.

Afortunadamente, el sistema conflictual mexicano tampoco está regulado de manera fría y matemática por el legislador, dado que éste, en gran medida, deja a los juzgadores en algunos casos la *discrecionalidad*, no sólo de aceptar el derecho extranjero, o rechazarlo, como cuando se afecta el orden público o las garantías individuales, sino el de simplificar las formalidades u observar formalidades distintas a las que establece el derecho interno mexicano.

Esperamos que esta facultad depositada en los juzgadores, sepa ser entendida por estos como un mecanismo para lograr *justicia en los procesos y fallos* que son reclamados por tribunales en diversos foros, dada la diversidad de puntos de contacto.

Debemos continuar estudiando la temática basándonos no en meros juicios de fría lógica jurídica, sino también en elemento éticos, axiológicos y sociológicos, pues ello contribuirá al estudio de las normas armonizadas y coordinadas.

F) CREACIÓN NORMATIVA

Al funcionario o juzgador mexicano o español, como a cualquier otro inmerso o acostumbrado al sistema de derecho legislado le parecerá difícil precisar una norma o disposición armónica. Este

³⁷ TEXEIRO VALLADEO, Haroldo, *Derecho Internacional Privado. Introducción y Parte General*, Trillas, México, 1987, p. 113.

tipo de funcionarios prácticamente no está conscientemente acostumbrado a la *creación normativa*. Piensa generalmente que toda norma sólo puede ser creada por un órgano legislativo *ad hoc* (congreso estatal).

La creación de una norma al amparo de la facultad de armonizar sistemas, le da al juzgador la facultad de ser un *creador normativo*. Esto es, *tiene que crear la norma procesal para el caso concreto*. Integrar el derecho dirían algunos.

Aunque esto le parece a algunos imposible, cabe recordarles que cualquier juez es un *creador normativo*. Tan es así, que una sentencia o cualquier resolución procesal específica, es una norma creada específicamente. La diferencia es que en la *creación normativa armónica*, existe *menos individualización de la norma general* (menos aplicación), que en el caso de una sentencia, donde existe más individualización de la norma general a un caso concreto (más aplicación), que creación.

Dicho de otra manera, el juzgador no sólo *aplica* una norma general, sino que también *crea* la norma particular. Esto último es una *creación normativa*.

Si acaso se afirmara que el juzgador sólo interpreta y no crea, dejaríamos sin respuesta real los casos de interpretación y creación analógica, extensiva, progresiva o incluso cuando se aplican los principios generales del derecho.

La creación normativa no es un acto de magia, sino de *razonada y plena conciencia*. El órgano o juzgador que fija o precisa una norma armónica en el ámbito internacional, es un *representante de su Estado*. Su norma creada seguramente será aceptada en otros países y debe considerarse como una decisión del propio Estado dentro del cual presta sus servicios ese juez. Con lo anterior puede atisbarse la importante función de un juez o funcionario gubernamental.

Obligar a los juzgadores a utilizar *juicios de razón y prudencia* es un elemento básico del derecho moderno. El juez no sólo puede fundarse en normas, reglas o «razones» del legislador convencional tradicional, sino que debe utilizar su propia razón e imbuirse en las cambiantes realidades, valores políticos y axiológicos.

Como afirma Trenzado Ruiz, el sistema jurídico no es un sistema cerrado, sino un sistema orientado a la justicia. Así, dice que «la determinación de lo que en cada situación es justo corresponde a la prudencia. La prudencia conforma la realidad jurídica desde un doble plano: el de la formulación de las normas generales del derecho positivo y el de la resolución de conflictos de intereses mediante decisiones singulares. La creación de normas generales es obra de la prudencia, que, como cualquiera otra, implica decisiones fundadas en el conocimiento de la realidad práctica, se le denomina prudencia *política*; a la prudencia que resuelve particulares conflictos de intereses, esto es, situaciones más concretas que las que afronta la prudencia *política*, se denomina prudencia *jurídica*». Esta forma de resolver, dice, es una creación ³⁸.

El juez o cualquier funcionario estatal, ya lo dijimos, debe continuar con la política estatal que inicialmente se fijó el redactor de la ley y sistema jurídico.

En México, las reformas de 1988 y 1989 a la normatividad internacional civil, comercial y procesal se realizaron, según los proyectos realizados por la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado y que fueron las aprobadas, en la idea de otorgarle al juzgador mayores facultades para crear e interpretar la ley. Con esto se procuró evitar la literalidad de la ley, a fin de auspiciar una mayor igualdad y justicia.

Al estudioso no sólo le es importante saber lo que los jueces dicen, sino también lo que hacen para decirlo, y en especial, cómo se resuelve con mayor justicia un litigio interpartes.

³⁸ TRENZADO RUIZ, Manuel, «Aplicación de la Ley de Extranjería por los Tribunales», en Derecho de Extranjería en España, Regulación Jurídica, Práctica Administrativa y Judicial, Universidad de Educación a Distancia, Madrid, 1995, p. 152.