

Revista Mexicana de

DERECHO
d INTERNACIONAL
PRIVADO Y COMPARADO

*Academia Mexicana de Derecho
Internacional Privado y Comparado*

REVISTA MEXICANA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

Publicación de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado.



N°32. Octubre de 2014. Nueva Época.

ISBN 978-607-9142-10-0

Correspondencia:

Kelvin 8-302, colonia Anzures, delegación Miguel Hidalgo, México.D.F., CP 11590

Advertencia:

El contenido y la redacción de los textos son de la única responsabilidad de los autores.

Se autoriza la reproducción parcial o total del contenido de esta Revista, siempre y cuando se cite la fuente.

Editor

Leonel Perezniecto Castro

Consejo editorial

José Carlos Fernandez Rozas

Jorge Alberto Silva Silva

Bernardo M. Cremades

James A. Graham

Consejo Consultivo.

José Luís Siqueiros

Laura Trigueros Gaisman +

Alejandro Ogarrío R. E.

Francisco José Contreras Vaca

Loretta Ortiz Ahlf

Ligia Gonzalez Lozano

Roberto Rendón Graniell

Mario de la Madrid Andrade

María Virginia Aguilar

Realización electrónica.

James A. Graham

CONTENIDO

DOCTRINA

Acceso al contenido del Derecho extranjero ¿es conveniente desarrollar un instrumento global en esta área?: análisis de la situación europea 4
 Carlos Enrique Odriozola Mariscal

Sobre la exclusión y subrogación del principio de orden público como causal de denegación de obtención de pruebas extranjera en la Convención de La Haya de 1970 16
 Gilberto Boutin I.

Derecho internacional privado en México y Venezuela: tres puntos de coincidencia 36
 Yaritza Pérez Pacheco y Mirian Rodríguez Reyes

El reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras en los Estados Unidos 40
 James Frank Smith

RESEÑAS

SILVA, Jorge Alberto (coordinador), Estudios sobre Lex Mercatoria. Una realidad internacional 48
 María Mercedes Albornoz

Wöss, H, San Román R,A,Spiller T,P y Delleíane,S., Damages in International Arbitration Under Complex Long-Term Contracts. 51
 Leonel Pereznieto Castro

Acceso al contenido del Derecho extranjero ¿es conveniente desarrollar un instrumento global en esta área?: análisis de la situación europea.

*Carlos Enrique Odriozola Mariscal**

Introducción

El principio *iura novit curia*¹, aunque de aparente sencillez teórica, es uno de los más complejos, por cuanto hace a su aplicación por los actores del sistema de justicia. Las implicaciones prácticas, en cualquier foro, para la averiguación del Derecho extranjero, han sido motivo de preocupación en el ámbito del Derecho procesal civil internacional, como rama del Derecho internacional privado. La globalización demuestra la interdependencia de las naciones y sus sociedades. El tráfico jurídico internacional es intenso y cada día es más complejo. Es frecuente para los jueces de cada foro en particular, la necesidad de averiguar el Derecho aplicable en otras jurisdicciones. Debido a que la averiguación del Derecho extranjero suele estar reservado para pocos justiciables por la dificultad y alto costo que entraña, existe un mayor reconocimiento a la aplicación oficiosa del principio *iura novit curia*, que hace necesaria una mayor facilidad en el acceso a la información jurídica extranjera. El tratamiento más importante sobre la materia lo encontramos en Europa.

El objeto de este trabajo es analizar el marco práctico y legal existente en Europa para la averiguación del Derecho extranjero, con el fin de determinar hasta que grado es necesario o conveniente desarrollar un instrumento global en la materia.

* Maestro en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Vicepresidente de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (AMEDIP)

¹ Conforme a la expresión más pura de este principio, que descansa en el aforismo latino *iura novit curia; da mihi factum, dabo tibi ius*, (lo que puede traducirse como “el tribunal conoce el derecho, dame los hechos, yo te daré el derecho”), solamente basta expresar los hechos en que se funda un proceso, para que el juez determine, invoque y aplique el derecho que resolverá la cuestión controvertida. Bajo la aplicación más pura de esta doctrina, el derecho no requiere de prueba alguna.

I. La “Convención europea sobre información relativa al Derecho extranjero”

Anticipándose a los efectos de la globalización, desde el siglo XIX comenzaron a surgir doctrinas que otorgaban un trato igual al Derecho nacional y al extranjero, reconociendo la importancia que reviste para los Estados asegurar la prueba del Derecho extraño en los procesos judiciales. Una de estas corrientes doctrinarias fue encabezada por el Instituto de Derecho Internacional con sede en Ginebra, quien acogió esas novedosas teorías. En sus sesiones de Heidelberg de 1887 y Hamburgo de 1891, el Instituto sostuvo que la prueba de las leyes extranjeras no puede ser una cuestión de hecho abandonada a la iniciativa de las partes, asumiendo que la aplicación oficiosa del Derecho extranjero es una cuestión de gran importancia para impartir justicia.² El principio establecido en la época moderna por el Instituto de Derecho Internacional, fue acogido por diversas legislaciones, en mayor o menor medida.³ Fue hasta el 7 de junio de 1968, bajo los auspicios del Consejo de Europa, que se suscribió la «Convención Europea sobre información relativa al Derecho extranjero», con miras de estrechar las relaciones entre los Estados miembros de la Unión. Su ámbito de aplicación territorial abarca a la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea.⁴ La Convención entró en vigor el 17 de diciembre de 1969, para los Estados parte que la habían ratificado a esa fecha. A pesar del número de ratificaciones de la Convención, en la práctica no ha sido exitosa, debido a la falta de obligatoriedad de la información obtenida mediante este tratado internacional. Incluso en la literatura legal de los Estados miembros, el tratado ha sido escasamente estudiado. Los informes que pueden obtenerse con la Convención son muy abstractos. En Inglaterra y Escocia solo se utiliza para proporcionar información, pero no para solicitarla.⁵

² Nótese que el Instituto de Derecho Internacional es, a la fecha, una de las más prestigiadas instituciones académicas reconocidas a nivel mundial, caracterizada por sus recomendaciones tendientes a la protección de los derechos humanos y la justicia. De ahí que en 1904 el Instituto hubiese sido galardonado con el Premio Nobel de la Paz. Vid. FEUILLADE, Milton, “Consideraciones en torno a la historia del Derecho Procesal Civil Internacional”, Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, No. 30, pp. 54; TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, “Dimensión judicial del caso privado internacional. Análisis en especial de la cooperación judicial internacional de mero trámite, probatoria y cautelar en el ámbito interamericano y del Mercosur”, p. 215

³ Son paradigmáticos los casos de los sistemas legales alemán y austriaco que imponían expresamente la obligación a sus jueces de informarse sobre el alcance de las leyes extranjeras, sin perjuicio de que las partes coadyuvaran en dicha investigación.

⁴ El 13 de junio de 2003, México publicó en el Diario Oficial de la Federación la Convención, siendo uno de los pocos Estados no miembros de la UE en hacerlo (junto con Bielorrusia, Costa Rica y Marruecos). Actualmente tiene 45 estados miembros. Vid. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=062&CM=1&DF=&CL=ENG>, al 4 de septiembre de 2013.

⁵ JÄNTERÄ-JAREBORG, Maarit, «Foreign Law in National Courts. A comparative Perspective», *Recueil des Cours*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, núm. 304, 2003, p. 317.

El objeto de la Convención fue establecer un sistema de asistencia mutua internacional con miras a facilitar la obtención, por las autoridades judiciales, de información sobre el Derecho extranjero. Los Estados parte se obligan a proporcionarse, conforme a las disposiciones de la propia Convención, datos concernientes a su legislación y procedimiento en el ámbito civil y mercantil, así como de la organización judicial. La información sobre el Derecho de cada estado incluye la información sobre la vigencia del Derecho objeto de la solicitud de la información.⁶ La Convención no ha tenido el éxito esperado debido a que su aplicación es voluntaria. Además, los jueces de los Estados miembros están acostumbrados a utilizar los medios de prueba tradicionalmente utilizados en sus jurisdicciones. Las partes consideran que utilizar a expertos en vez de la Convención, les garantiza en mayor medida el éxito de sus litigios.⁷ Si la aplicación de la Convención fuera obligatoria para los jueces de los Estados miembros, su destino sería otro. Serían tantas las solicitudes de información que el mecanismo de información, objeto del tratado, colapsaría. En caso de que en el futuro se armonizaran las reglas internacionales de obtención de información del Derecho extranjero, se harían necesarios más recursos y una organización distinta.⁸

El 15 de marzo de 1978 se adoptó en Estrasburgo el protocolo adicional a la Convención, para eliminar los obstáculos de carácter económico que dificultan el acceso a los procedimientos legales y permitir a las personas económicamente desprotegidas ejercitar mejor sus derechos en los Estados Miembros. Conforme a la convención y el protocolo, se pueden destacar lo siguiente:

- A. El contenido de la información de la ley extranjera es proporcionada por una autoridad central del Estado requerido. En la mayoría de los países, la autoridad central es la Cancillería o el Ministerio de Justicia, a excepción hecha de Grecia que lo hace a través del Instituto Helénico de Derecho Internacional y Extranjero.⁹
- B. La formulación de la petición se hace a ruego de la autoridad judicial que este conociendo de un caso específico.

⁶ European Committee on Legal Co-operation, *European Convention on Information on Foreign Law. Explanatory report*, documento electrónico visible en <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/HTML/062.htm>, al 4 de septiembre de 2013.

⁷ JÄNTERÄ-JAREBORG, Maarit, *op. cit.*, pp. 316-318.

⁸ *Ibidem*, p. 318.

⁹ *Vid.* <http://www.hiifl.gr>, al 4 de septiembre de 2013.

- C. La tramitación comprende cumplimentar un formulario en que se detallan los datos específicos objeto de la investigación.
- D. La comunicación no sigue la vía diplomática ordinaria, sino la relación directa entre los órganos receptores y transmisores de la información.

II. Hacia un “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” en Europa

Ante el poco éxito de la Convención, la Unión Europea ha creado diversos mecanismos que facilitan el acceso de los actores del sistema de justicia, a la información sobre el Derecho de cada uno de los Estados miembros de la Unión. En el Tratado de Ámsterdam se reconocieron las dificultades a las que se enfrentan los ciudadanos en los litigios transfronterizos, sea en asuntos civiles, mercantiles o penales. Esto significa que la Unión debe garantizar la comunicación ágil de documentos e información respecto del Derecho de cada uno de los Estados miembros, el uso de formularios multilingües, así como la creación de mecanismos o redes que presten asistencia y presten asesoría en asuntos transnacionales.¹⁰ Fue así que, en los estertores del siglo XX, el Consejo de Europa apuntó la necesidad de contar con un verdadero “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” en la Unión,¹¹ estableciendo las bases prácticas para una cooperación judicial mejorada.¹² En un auténtico Espacio Europeo de Justicia, no debe suceder que la incompatibilidad o la complejidad de los sistemas jurídicos y administrativos de los Estados miembros impida a los justiciables ejercer sus derechos o los disuada de hacerlo. El Consejo propuso la puesta en marcha de una campaña de información relativa a los diversos sistemas jurídicos de los Estados miembros, además de que solicitó establecer un sistema de información de fácil acceso, de cuyo mantenimiento y actualización se encargaría una red de autoridades nacionales competentes, que mejorara, simplificara y acelerara la cooperación judicial efectiva entre los Estados interesados.

¹⁰ *Vid.* el “Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia” Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 19 del 23 de enero de 1999.

¹¹ Consejo Europeo extraordinario de Tampere, Finlandia, del 15 y 16 de octubre de 1999.

¹² Ningún interesado en el Derecho internacional privado europeo se puede permitir hoy día ignorar el desarrollo normativo europeo en materia de cooperación judicial civil y mercantil. Una recopilación de los principales instrumentos en la materia puede encontrarse en: COMISIÓN EUROPEA, Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad, *Recopilación de la legislación comunitaria en materia de cooperación judicial civil y mercantil*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2009.

En la génesis del Derecho comunitario y sus instituciones, se ha trabajado en un sistema complejo que permita la existencia de herramientas suficientes para averiguar el derecho extranjero, con la mayor facilidad y el menor costo posible.¹³ Sin embargo, la propia Unión Europea ha reconocido que la falta de confianza derivada de las diferencias entre los sistemas jurídicos de cada Estado, tanto en Derecho penal como civil, así como la falta de un conocimiento pleno y recíproco de sus respectivos sistemas, sigue frenando una visión transfronteriza en estas políticas y una consolidación de la cooperación judicial a nivel europeo.¹⁴

La creciente cooperación entre operadores jurídicos comunitarios es “clave para lograr un espacio judicial en el que las personas puedan recurrir a los tribunales de cualquier Estado miembro con la misma facilidad que a los del suyo propio.”¹⁵ Es innegable el esfuerzo que han efectuado los Estados miembros de la Unión Europea y las instituciones comunitarias para consolidar las políticas de cooperación judicial con vistas a lograr el “Espacio de Seguridad Libertad y Justicia” que incluya un anhelado “Espacio Judicial Europeo”. De esta forma, a partir del Tratado de Maastricht, coexisten en Europa diversos mecanismos que coadyuvan a la averiguación y aplicación del Derecho extranjero.¹⁶ En los siguientes apartados trataremos de dar cuenta de los principales.

III. La “Red Judicial Europea en materia civil y mercantil”

Fue creada por el Consejo de Europa para coadyuvar a lograr los objetivos del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia.¹⁷ La Red está compuesta por diversos actores, a saber:

¹³ Véase por ejemplo el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea C 83 del 30 de marzo de 2010; así como el “Programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea” del 4 y 5 de noviembre de 2004, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea C 53 del 3 de marzo de 2005.

¹⁴ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo - Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años - Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia” del 15 de diciembre de 2005.

¹⁵ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, “El Derecho internacional privado ante la globalización”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Madrid, España, tomo I, 2001, pp. 37-87.

¹⁶ No sin antes advertir sobre la existencia de un “entramado de organismos de difícil, por no decir imposible, esquematización, siendo complicado discernir sus ámbitos competenciales y aún más sus relaciones, *Vid.* MORENO CATENA, Víctor, “La cooperación Judicial Internacional en la Unión Europea y en América Latina”, Estudio realizado para el Proyecto Eurosocietal Justicia, Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas, Madrid, 2006, p. 5.

¹⁷ El 28 de mayo de 2001, el Consejo de la Unión Europea adoptó la Decisión 2001/470/CE, por la que se creó la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 174, del 27 de junio de 2001. Dinamarca, de conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, no participa en la adopción de la señalada Decisión, que por tanto no la vincula ni le es aplicable.

- A. Los llamados “puntos de contacto” designados por los Estados miembros;
- B. Los organismos y autoridades centrales establecidos en actos comunitarios, en instrumentos de Derecho internacional en los que los Estados miembros sean parte o en normas de Derecho interno en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y mercantil;
- C. Los intitulados “magistrados de enlace”¹⁸ que tengan responsabilidades en el ámbito de la cooperación civil y mercantil;
- D. Cualquier otra autoridad judicial o administrativa con responsabilidad en la cooperación judicial en el ámbito civil y mercantil cuya pertenencia a la Red sea considerada conveniente por el Estado miembro respectivo.

La Red tiene como misión facilitar la cooperación judicial en materia civil y mercantil entre los Estados miembros, mediante sistemas de información para los miembros de la Red y para el público en general. El sistema de información destinado al público, debe incluir:¹⁹

- A. Los actos comunitarios en vigor o en preparación sobre cooperación judicial en materia civil y mercantil;
- B. Las medidas nacionales destinadas a aplicar, a nivel interno, los actos comunitarios en vigor;
- C. Los instrumentos internacionales en vigor sobre cooperación judicial en materia civil y mercantil en los que sean parte los Estados miembros, así como las declaraciones y reservas formuladas en el marco de estos instrumentos;
- D. Los elementos pertinentes de la jurisprudencia de la Comunidad en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y mercantil; y
- E. Las fichas informativas que abordan, prioritariamente, cuestiones relativas al acceso a la justicia de los Estados miembros. Las fichas son de carácter práctico y conciso e incluyen jurisprudencia.

La Red ha constituido un “avance significativo” en la cooperación judicial comunitaria y se ha dicho que es un sistema “rápido y fiable” para resolver cuestiones de litigio transfronterizo

¹⁸ Creados según la Acción común 96/277/JAI, de 22 de abril de 1996, adoptada por el Consejo de la Unión Europea, para la creación de un marco de intercambio de magistrados de enlace que permita mejorar la cooperación judicial entre los Estados miembros de la Unión Europea.

¹⁹ Artículo 14, Decisión 2001/470/CE, por la que se creó la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil.

(intracomunitario).²⁰ Si bien el portal de la Red se ha venido actualizando y su contenido se ha ampliado a través de los años, la información que contiene es todavía insuficiente, pues aún no es posible prescindir de otros medios de prueba.²¹

Es insuficiente contar con el texto de las leyes para conocer el Derecho extranjero. Aún suponiendo cierto el logro de contar con todos los textos legales comunitarios, es conveniente hacerlo en un idioma asequible para la mayoría, por ejemplo en lengua inglesa. Es necesario, también, el acceso a la jurisprudencia y otras fuentes relevantes de Derecho, indispensables para la interpretación correcta del Derecho extraño. Igual importancia reviste el acceso a las interpretaciones doctrinales, las cuales, cuando existen, rara vez será en idioma inglés.²²

El sistema de la Red, no ha logrado mejorar los resultados obtenidos con la Convención Europea sobre Derecho Extranjero, siendo que la información proporcionada por los puntos de contacto es genérica, mientras que la información obtenida a través de la Convención suele ser más adecuada para la averiguación del Derecho extranjero.²³

IV. La “Red Europea de Formación Judicial”.

La Red Europea de Formación Judicial (REFJ) surgió en enero de 2001 a iniciativa de la República Francesa.²⁴ Posteriormente, en el Consejo Europeo de Laeken, Bélgica, se pidió establecer una red europea para formar magistrados, que contribuyera a aumentar la confianza entre quienes intervienen en la cooperación judicial.²⁵

²⁰ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *loc. cit.*, pp. 37-87.

²¹ Para un análisis del contenido que el portal guardaba a junio de 2003, cfr. JÄNTERÄ-JAREBORG, Maarit, *op. cit.*, pp. 318 a 321.

²² *Ibidem*, pp. 320-321.

²³ *Ibidem*, p. 321.

²⁴ “Iniciativa de la República Francesa con vistas a la adopción de una Decisión del Consejo por la que se crea una Red Europea de Formación Judicial (2001/C 18/03)”, Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 18 del 19 de enero de 2001.

²⁵ Cfr. Apartado 43 de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Laeken, del 14 y 15 de diciembre de 2001. Sin embargo, los objetivos de la REFJ fueron delineados, principalmente, en el Programa de La Haya (“Programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea”, del 4 y 5 de noviembre de 2004, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea C 53 del 3 de marzo de 2005.); la Comunicación de la Comisión Europea en material de formación judicial (“Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 29 de junio de 2006, sobre la formación judicial en la Unión Europea” COM (2006) 356 final, no publicada en el Diario Oficial.); la Resolución del Parlamento Europeo de 9 de julio de 2008 sobre el papel del juez nacional en el sistema judicial europeo y la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 24 de octubre de 2008 sobre formación de profesionales de Justicia.

La organización de la formación judicial es responsabilidad de los Estados miembros de la Unión, quienes deben integrar plenamente la dimensión europea en sus actividades nacionales, con los siguientes objetivos:

- A. Mejorar el conocimiento de los instrumentos jurídicos adoptados por la Unión y la Comunidad en sectores en los que se han conferido facultades específicas a los jueces nacionales;
- B. Mejorar las competencias lingüísticas para que las autoridades judiciales puedan comunicarse directamente entre sí, tal como prevé la mayoría de los instrumentos;
- C. Desarrollar el conocimiento de los sistemas jurídicos y judiciales de los Estados miembros que permita evaluar sus necesidades respectivas en el marco de la cooperación judicial.²⁶

La REFJ agrupa a las instituciones responsables de la formación de jueces -los fiscales sólo se incluyen en la medida en que pertenezcan al cuerpo judicial-. La Comisión estableció que la REFJ debe tener el monopolio en los intercambios entre jueces y fiscales en el conjunto de Europa. Deberá examinarse la cuestión de la participación de los jueces especializados, al igual que tendrá que tenerse en cuenta la formación de los abogados.²⁷

Por último, la formación judicial debe integrarse en un marco internacional más amplio y dar lugar a una cooperación más allá de las fronteras de la Unión, a fin de favorecer la cooperación judicial con los terceros países y la consolidación del Estado de Derecho en el mundo.²⁸

Como hemos venido señalando, los sistemas de información europeos no están debidamente actualizados,²⁹ por lo que los recursos para la información del Derecho extranjero se hacen consistir, principalmente, en acciones financiadas para la formación y especialización de recursos humanos, proyectos conjuntos de investigación, participación de los Estados miembros en las redes de cooperación, asesoramiento técnico y consultoría.³⁰

²⁶ “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 29 de junio de 2006, sobre la formación judicial en la Unión Europea” COM (2006) 356 final, no publicada en el Diario Oficial.

²⁷ “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 29 de junio de 2006, sobre la formación judicial en la Unión Europea” COM (2006) 356 final, no publicada en el Diario Oficial.

²⁸ “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 29 de junio de 2006, sobre la formación judicial en la Unión Europea” COM (2006) 356 final, no publicada en el Diario Oficial.

²⁹ Lo cual se viene acusando desde hace tiempo, Vid. MORENO CATENA, Víctor, *loc. cit.*, p. 5.

³⁰ Ídem

V. Instituciones europeas de formación de profesionales de justicia

Existen numerosas instituciones de alcance europeo que organizan regularmente actividades de formación para los profesionales de la justicia, incluyendo cursos sobre Derecho extranjero. La Unión Europea ha destacado la importancia que este tipo de instituciones tienen para alcanzar coadyuvar a la formación judicial europea,³¹ de tal suerte que incluso han sido financiadas con cargo al presupuesto comunitario.³² Algunas de las principales son las siguientes:

A - El European Institute of Public Administration (EIPA) o Instituto Europeo de Administración Pública³³

Creado en 1981, se considera el centro líder de enseñanza y desarrollo del sector público en Europa. Cuenta con financiamiento de la Comisión Europea con cargo al presupuesto comunitario. Imparte diversos programas académicos y de capacitación sobre administración pública, efectúa investigación en sus áreas de interés y cuenta con una oficina de publicaciones. Desde su fundación, el EIPA se ubica en Maastricht, cuenta con sedes alternas en Barcelona y Luxemburgo, así como una oficina de representación en Bruselas. Para capacitar a los actores del aparato jurídico europeo, en 1992 el EIPA, conjuntamente con el gobierno de Luxemburgo, creó el *European Centre for Judges and Lawyers (ECJL)*.³⁴ Con sede en ese ducado, el ECJL ofrece programas de entrenamiento, consultoría e investigación para la interpretación e implementación del derecho europeo.

B - Europäische Rechtsakademie o Academia de Derecho Europeo de Tréveris (ERA)

En 1990, el Parlamento Europeo recomendó a la Comisión Europea invertir en un centro de educación legal continúa para mejorar la aplicación del derecho europeo. Se propuso que la sede fuera en Tréveris, Alemania, por su cercanía con Luxemburgo, la capital judicial de la Unión Europea. Así las cosas, la *Europäische Rechtsakademie (ERA)* o *Academie of European Law*,³⁵ fue fundada en 1992, bajo los auspicios del Gran Ducado de Luxemburgo, el *Land* alemán de Renania-

³¹ Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la formación judicial en la Unión Europea, Bruselas, 29 de junio de 2006, COM(2006) 356 final, p. 8

³² Vid. Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, relativa a la formación de jueces y fiscales y del personal al servicio de la administración de justicia en la Unión Europea, (2008/C 299/01), Diario Oficial de la Unión Europea, C 299 del 22 de noviembre de 2008.

³³ <http://www.eipa.eu/>

³⁴ *European Centre for Judges and Lawyers (ECJL)*

³⁵ www.era.int

Palatinado y la ciudad de Tréveris. La ERA tiene como objetivo principal capacitar a los diversos actores del ámbito jurídico de los estados miembros de la Unión Europea, así como de otros Estados europeos interesados, para obtener un mejor conocimiento del Derecho europeo. Entrena y forma juzgadores. Mantiene relaciones estrechas con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como con las organizaciones de formación judicial de los estados miembros y de los estados candidatos a pertenecer a la Unión Europea. La ERA fue miembro fundador de la Red Europea de Formación Judicial (REFJ).

C - Red de los Presidentes de las Cortes Supremas de Justicia de la Unión Europea.

Los Presidentes de las Cortes Supremas de Justicia de la Unión Europea decidieron formar una asociación cuya asamblea constitutiva tuvo lugar el 10 de marzo de 2004 en la Corte de Casación Francesa, con el apoyo financiero de la Comisión Europea. La Red de los Presidentes de las Cortes Supremas de Justicia de la Unión Europea, cuenta con la participación de los Presidentes de la Corte de Justicia de la Unión Europea y la Corte Europea de Derechos Humanos. Se trata de un foro en donde las instituciones europeas pueden solicitar opiniones de las Supremas Cortes de los Estados miembros y se presta capacitación a las autoridades como parte de la Red de Formación Judicial. Desde abril de 2007, la Red mantiene un portal electrónico que ofrece al público bases de datos con la jurisprudencia de todos los Estados miembros de la Unión Europea.³⁶

VI. Herramientas oficiales europeas para la información del Derecho extranjero.

Existen diversas bases de datos o recursos administrados por las instituciones europeas para facilitar a los interesados la averiguación del derecho extranjero.

Portal “e-Justicia”

La Comisión Europea administra el portal de información “e-Justicia”, en donde se busca, para lo que a este estudio interesa, brindar información a los usuarios acerca del contenido del Derecho de la Unión Europea, el Derecho nacional de cada estado miembro de la Unión y el Derecho internacional.³⁷ Es una respuesta creada por la Comisión a la necesidad de mejorar el acceso a la justicia, la cooperación entre autoridades judiciales y la eficacia de la propia justicia. Según la

³⁶ <http://www.network-presidents.eu/>

³⁷ <https://e-justice.europa.eu>

propia Comisión Europea, la “e-Justicia”, es un elemento clave para la modernización de los sistemas judiciales. Se define como “el recurso a las tecnologías de la información y la comunicación para mejorar el acceso de los ciudadanos a la justicia y para la eficacia de la acción judicial entendida como toda actividad consistente en resolver un litigio o en sancionar penalmente una conducta.”³⁸ En relación directa con el Derecho extranjero, el portal e-Justicia contiene información o ligas a sitios que contiene la legislación y jurisprudencia de cada uno de los estados miembros de la Unión Europea.

Portal “EUR-Lex”.

La Oficina de Publicaciones de la Unión Europea,³⁹ además de editar y publicar el Diario Oficial de ese organismo internacional, ofrece una serie de servicios en línea, entre los que se encuentran algunas herramientas que coadyuvan a sus usuarios en la tarea de allegarse el derecho extranjero.⁴⁰ Tal es el caso del sistema EUR-Lex, sitio electrónico que brinda acceso gratuito a todo el Derecho europeo, en 23 idiomas. Es una herramienta para consultar el Diario Oficial de la Unión Europea, los Tratados, la legislación en vigor, documentos relativos al derecho comunitario, la jurisprudencia de los diversos Tribunales comunitarios, así como una recopilación de la legislación europea.

Portal “N-Lex”.

Dentro del portal EUR-Lex, cabe destacar la existencia de la base de datos N-Lex, que permite la consulta de la legislación de la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea. Es un proyecto común gestionado por la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, con la participación de los gobiernos nacionales. Abierto al público desde el 28 de abril de 2006, aún se encuentra en su fase experimental. Actualmente permite acceder a la legislación de 23 Estados miembros de la Unión Europea.⁴¹ En el sistema N-Lex se muestran resultados de búsquedas que

³⁸ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, “Hacia una estrategia en materia de e-Justicia (Justicia en línea), SEC(2008)1947, SEC(2008)1944, p. 3. La “e-Justicia” es parte del marco de la administración pública en línea “e-Government”. Este último es la aplicación de las tecnologías de la información al conjunto de los procedimientos administrativos.

³⁹ Creada mediante la “Decisión del Parlamento Europeo, del Consejo, de la Comisión, del Tribunal de Justicia, del Tribunal de Cuentas, del Comité Económico y Social Europeo y del Comité de las Regiones” de 26 de junio de 2009 relativa a la organización y al funcionamiento de la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea (2009/496/CE, Euratom), publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea L 168/41 del 30 de junio de 2009. Vid. <http://publications.europa.eu/>

⁴⁰ <http://eur-lex.europa.eu/>

⁴¹ <http://eur-lex.europa.eu/n-lex/>

proceden directamente de las bases de datos nacionales. También incluye un diccionario multilingüe, denominado EUROVOC, que facilita las búsquedas de texto en idioma extranjero.

Conclusiones

El número de Estados miembros de la Convención Europea demuestra la preocupación de contar con instrumentos asequibles a los operadores de la justicia para averiguar el Derecho extranjero. La posibilidad de que los Estados no miembros de la Unión Europea puedan suscribir el tratado demuestra la necesidad de un instrumento con mayores alcances. Un instrumento global en la materia permitiría acceder al Derecho extranjero de todo el orbe. No obstante, más de 40 años de existencia de la Convención, aunado al surgimiento posterior de un buen número de fuentes para la averiguación del Derecho extranjero demuestra la insuficiencia del tratado, el cual ha sido calificado como insuficiente. Es innegable la necesidad de contar con medios accesibles y fiables de averiguación del Derecho extraño, especialmente para las clases menos favorecidas. Una convención, como la europea, puede lograr el objetivo, pero el desarrollo en el viejo continente demuestra la necesidad de un sistema complejo de instrumentos que permiten a los justiciables acceder a la información deseada con mayor facilidad, menos tiempo y menor costo. Se destaca la necesidad de formar jueces capacitados para operar en un mundo globalizado. La judicatura debe tener la habilidad para hacer uso de las diversas herramientas existentes para la averiguación del Derecho extranjero: una de ellas es la Convención, pero no debe ser la única.

Sobre la exclusión y subrogación del principio de orden público como causal de denegación de obtención de pruebas extranjera en la Convención de La Haya de 1970.

Gilberto Boutin I.

Introducción

El presente trabajo es consagrado al preclaro jurista holandés, Hans van Loon, activista renombrado del derecho internacional privado comparado y defensor de la bilateralidad lingüística, en los procesos de formación y redacción de los convenios de La Haya, en los idiomas francés e inglés, por esa razón hoy doy fe, de su temperamento humano y neutralidad cultural en todo el desarrollo de los proyectos de dichos convenios que lo observara en las últimas dos décadas al gozar del privilegio del privilegio de ser su colega y corresponsal en Panamá; su partida del comité permanente de derecho internacional privado, deja atrás un cúmulo de sabiduría a la Institución y a la doctrina mundial en el medio de la cultura de los conflictos de leyes que difícilmente pueda ser reemplazado en el plano humano y científico de esta trascendental asignatura de nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá.

El propósito de la presente comunicación, se centra en un examen crítico y de readaptación de las causales que motivan la denegación de todo auxilio judicial prevista en el artículo 12 de la Convención de La Haya de 1970, relativa a la obtención de pruebas en materia civil y comercial, contemplada entre jueces de diferentes foros concurrentes. La citada norma convencional, apunta dos causales básicas para negar toda ejecución de auxilio judicial con fundamento en los criterios de soberanía y seguridad de Estado del juez requerido; causales que no se compadecen con la materia de derecho probatorio internacional pues el contenido y finalidad de dicho convenio transita por la participación de leyes procesales- adjetivas y civiles-materiales para asegurar la libre circulación de la prueba civil; siendo los criterios de soberanía y seguridad de Estado, conexiones y criterios de orden político más bien vinculados a la teoría general del Estado y al derecho internacional público; los cuales consideramos criterios de denegación son impropios y extraños a la ratio essendis de la convención y al método conflictual insito a los negocios de derecho internacional privado. Se hace evidente que la efectividad real y directa de dicho instrumento convencional descansa en el tema

vital de la administración y circulación de la prueba internacional, que agrupa tres condiciones imperativa a respetar en el paso de un sistema probatorio a otro que son: los principios de orden público de la *lex procesali excusionis*, cuyo principio regula la admisibilidad del medio de prueba internacional por un lado, así como el respeto a la regla del contradictorio o bilateralidad procesal y finalmente, al reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales o derechos humanos.

En este sentido y en el escenario de la viabilidad de la comisiones rogatorias en materia de pruebas situadas en el extranjero, dicha técnica judicial, atraviesa por campos del derecho comparado específicamente, entre los sistemas probatorios basados en *the freedom of proof* del sistema inglés, al sistema de la prueba preconstituida de los países latinos y que se reduce al debate entre libertad y legalidad del medio probatorio. Los procesos de integración se ejecutan vía acuerdos de cooperación que comunican directamente con el derecho comparado tal como lo destaca el profesor Siqueiros en un análisis apretado entre la convenciones interamericana de Panamá de 1975 junto a la Convención de La Paz de 1984 frente al régimen propuesto por la Convención de La Haya de 1970.

La autodelimitación de nuestro tema, tiene su razón de ser en los tópicos de soberanía y seguridad como causales de inejecución de todo auxilio judicial, pues, descartamos en efecto, los actos no jurisdiccionales enunciados en el propio artículo 12, como pueden ser: los actos notariales y habilitantes o puramente actos administrativos creadores de una situación jurídica determinada.

De igual forma se excluye de la presente investigación la prohibición de la acción de *pre-trial* censurada en el artículo 23 convencional pues se trata de un tópico puntual que amerita un estudio aparte tan solo señalar que el error de la convención en dicha disposición consisten en desconocer las acciones de aseguramiento de prueba con el *pre-trial*. Francia con posterioridad modifico su reserva en contra de la figura del *pre-trial* pues la incomprensión de la materia por los convencionalistas en introducir tal prohibición era consecuencia de una óptica desnaturalizadora del instituto anglosajón de la audiencia preliminar que tiende a delimitar el objeto de la litis evitando sorpresas. Intentar desarrollar una legislación internacional, reguladora del tráfico o circulación de la prueba extranjera o internacional en el plano procesal, obliga a tomar en cuenta temas de fondo que por la fuerza de gravedad institucional obligan a descender y retomar contacto con las reglas que gobiernan el derecho probatorio o contencioso internacional. La debilidad del artículo 12 de la Convención, obedece al hecho que concibe que el estatuto de la cooperación judicial

internacional, descansaba en el derecho internacional público y en la soberanía territorial . Postura realmente superada en el pensamiento latinoamericano gracias a la cultura conflictualista o de derecho internacional privado consagrada en el Código Bustamante y en la doctrina . Tendrán que transcurrir tres largas décadas para iniciar el proceso de exorcizar del derecho de cooperación judicial internacional al derecho internacional público así como de la noción de Soberanía y Seguridad de Estado. Este cambio de paradigma ya legislado en el Libro IV del Código en el Código de Derecho Internacional Privado para los países latinoamericanos de 1928, se advierte en Europa con el advenimiento de los Reglamentos 1348/2000 y 1206/2001, que regulan los actos de notificación y obtención de pruebas en el espacio de la comunidad europea. Afirma la doctrina actual que la cooperación judicial es un affaire entre juez del país exhortante y exhortado. En verdad, las reglas de cooperación internacional en materia de prueba tropiezan indefectiblemente en su desarrollo por las dificultades propias de la valoración de la prueba que se resumen en la admisibilidad, control y ejecución de la prueba en el extranjero examinaremos más adelante. Esas facetas descritas generan los verdaderos medios de impugnación internacional engendrados por la convención de La Haya de 1970.

Lo que pretendemos desarrollar en nuestro artículo, consiste en retener y describir la importancia de la reserva o excepción del orden público internacional como reserva reguladora de los actos procesales internacionales en una primera parte. Examinar, la naturaleza y finalidad del convenio en estudio de 1970 indagando en esta segunda sección las nociones de soberanía y seguridad de estado en su concepción original y observar sus limitaciones frente a la era de un nuevo derecho de los tratados como el surgimiento de los fenómenos de integración que eclipsan y reducen sendas nociones en el marco del derecho internacional privado. Para finalmente abordar, las causales congénitas que pueden derivarse en la búsqueda de un control equitativo de la ejecución y perfeccionamiento de la prueba extranjera que radica en las causales fundadas en: la reserva de orden público, en el principio del contradictorio y en los derechos fundamentales a título universal.

I. La intervención del rol poliforme de la reserva de orden público en el derecho internacional en su dimensión procesal.

Cada sistema erige su propias reglas de valoración de la prueba tal como lo destaca los autores ingleses Cheshire and North's en su manual clásico de derecho internacional privado en la sección relativa al derecho aplicable a las evidencias que nos permitimos transcribir: Every system of law

has its own principles for determining the manner in which the truth of facts, acts and documents shall be ascertained, and it is obvious that whether the question at issue is domestic or foreign in origin, those principles must invariably apply. If another system of evidence were admissible it would be equally reasonable to permit another mode of trial. La necesaria convergencia de dos sistemas judiciales en la consecución de pruebas situadas en el extranjero, genera el riesgo de incompatibilidad permitiendo la excepción del orden público frente a sistemas jurídicos asimétricos o antitéticos.

La reserva de orden público o bien, public policy en el plano de los conflictos de jurisdicción o mejor conocidos en el lenguaje forense latinoamericano como derecho procesal internacional, comporta una aplicabilidad múltiple deviniendo una regla de peso y contra peso. Sin duda alguna, hay que señalar que el poder recurrir en los diversos tratados bilaterales o multilaterales a la noción de orden público por parte del juez de la causa constituye una función correctiva consubstancial al derecho internacional privado comparado. Basta que se trate de un negocio jurídico con caracteres internacionales que permita al juez la búsqueda de una prueba determina ya sea testimonial, pericial o documentaria en el extranjero, en tal evento el juez de la causa se ve obligado acudir al auxilio judicial internacional conjugándose el paralelismo de dos ordenamientos jurídicos nacionales y de igual manera evidenciar en tales circunstancias la potencial presencia del orden público como moderador de la cooperación judicial que permite revisar los límites a la concurrencia de dos sistemas judiciales interdependientes en este tipo de operación.

Nos cabe mencionar la intervención del orden público en el dominio del derecho convencional por un lado y más precisamente en el plano del derecho procesal sin perder de vista la noción y lugar del orden público como primer segmento de esta primera parte.

1.1. El Orden Público como Principio Omnipresente en el Derecho Internacional Privado.

El orden público está vinculado su existencia a la esencia de un determinado ordenamiento jurídico positivo. El orden público recoge el interés político de todo sistema legal. Podemos definirlo como excepción, como principio y como derecho en estas manifestaciones propias en el devenir de los conflictos de leyes o del derecho internacional privado. El orden público es la autodefensa que posee todo sistema judicial para oponerse a la aplicación de un derecho, acto o tratado de fuente extranjera que siendo competentes de acuerdo al sistema conflictual del foro su aplicación en dicho

ordenamiento jurídico conculcaría derechos fundamentales. Pero también se habla que el orden público constituyen principios esenciales y no necesariamente el derecho material y objetivo. Sino regla básicas como la libertad, igualdad o sobre el hábitat o intereses propios de la comunidad. El orden público también representa un derecho de fondo a preservar su rechazo frente a una ley o acto extranjero jurisdiccional comporta supletoriamente la aplicación del derecho del foro como medio idóneo de llenar el vacío generado por los efectos negativos del orden público del foro. A fin de precisar el orden público en el esfera del derecho internacional privado hace parte de la esencia del método conflictual en sus dos vertientes unilateralismo y bilateralismo

Cuando nos referimos al orden público se trata del orden público internacional, es decir la defensa que tiene el orden jurídico positivo de un determinado Estado para rechazar la aplicación o invasión de una norma que atenta contra principios fundamentales del sistema del foro. Es un orden público positivo que deviene internacional pues constituye en muro de contención contra el derecho foráneo. Mientras que el orden público interno no es más que el conjunto de normas imperativas vigente que las partes no pueden sustraerse de ellas por vía de convención. La formas de empleo de la reserva del orden público son variables, ésta puede ser considerada como un punto de conexión tal como lo prevé el código Bustamante, puede ser considerado como una cláusula de evicción y por último como un criterio circular de aplicación del juez del foro. La paradoja que presenta la noción misma del orden público se centra en su plasticidad y sus formas graduales de hacer sentir.

1.2. Clasificación tripartita del orden público en el derecho internacional privado.

Podemos clasificar el orden público en tres grandes grupos el orden público genérico, el orden público atenuado y el orden público reflejo. En síntesis el orden público es una emanación cultural y ética de cada Estado que modula la frecuencia de las reglas foráneas con pretensión de ejercitar sus efectos en un determinado ordenamiento jurídico positivo .

a.1. El orden público genérico o derogatorio.

El orden público genérico o pleno es la concepción tradicional de evicción frente a una norma jurídica extranjera normalmente competente pero cuya aplicación por el juez o la autoridad correspondiente cercenaría principios fundamentales del sistema jurídico del foro. Se trata de una excepción que confirma lo inconciliable entre el derecho del foro con la norma extranjera pues contiene una ruptura ética normativa que no admite el juez de la causa.

Efectos del orden público genérico. Nos percatamos que existen dos efectos connaturales en la aplicación de la reserva judicial propuesta por el juez que se limitan a prever un efecto negativo y un efecto positivo . Dentro de este proceso el juez de la causa rechaza la ley extranjera designada por la ley competente pero debe suplir dicho vacío mediante la aplicación supletoria o subsidiaria de la ley del foro a efecto de cubrir el *vacuum* jurídico producto de la negativa de aplicar el derecho extranjero.

a.2. El orden público atenuado.

Se entiende por tal aquella reacción o actitud del orden público del foro de reconocer las consecuencias derivadas de un derecho adquirido en el extranjero aun cuando dicho derecho jamás hubiese podido ser reconocido en el derecho del juez de la causa o del foro. Así, a guisa de ejemplo, Omar Saddam, residente en Panamá de nacionalidad Siria, fallece en un accidente en la ciudad de Colón cuando se destinaba a viajar a su país natal. De conformidad con el derecho musulmán el de *cujus* había contraído cuatro matrimonios con mujeres de nacionalidad Siria de igual religión. Al fallecer en Panamá, Omar Saddam deja bienes los cuales sus herederos sería de acuerdo con la ley confesional islámica sus cuatro mujeres.

Siendo Panamá un país republicano, laico y ateo. El juez de la sucesión optaría por señalar que dichos matrimonios que configuran la poligamia es contrario al orden público y a la moral cristiana. Sin embargo, tal posible razonamiento podría incurrir el juez del foro, en una violación a derechos adquiridos en el extranjero regularmente establecidos y opta por reconocer los efectos de dichos derechos en nuestro país a efecto que las cuatro viudas puedan heredar en igualdad. El orden público juega un rol de preservación del derecho extranjero mientras que el orden público genérico juega un rol extinguidor del derecho extranjero.

a.3. El orden público reflejo.

Se trata de aquel orden público que coincide en idénticos conceptos con el orden público extranjero y se transforma en una conexión o *rattachement* par el juez de la causa. A modo de ejemplo comparativo, podemos en líneas generales esbozar que: el orden público reflejo de Francia es el orden público de Bélgica, el de orden público de Portugal, es el orden público de Brasil, el de Argentina, el orden público del Uruguay, el orden público de Panamá, es el orden público de

Colombia. Se trata de dos sistemas jurídicos con simetría o coincidencia de valores que conducen en determinadas circunstancias a idénticas respuesta legales o judiciales. Una pareja de individuos del Mir-movimiento de izquierda revolucionaria - en la época del Presidente Allende, en Chile, se refugian en La Habana; país donde transcurrido por más de cinco años dicha relación marital se transforma en un matrimonio de hecho. Un buen día se trasladan a Panamá el marido construye en diez años una fortuna en el mercado panameño pero fallece. Se abre la sucesión y sus padre aun viven y se desplazan a Panamá invocando que el matrimonio de hecho perfeccionado en Cuba es contrario a la moral y al orden público y por ende la compañera no tiene la calidad de esposa para heredar y no habiendo niños producto del matrimonio quienes pretenden heredan son los padres. El derecho judicial panameño señala que reconoce el matrimonio de hecho perfeccionado en el tiempo Cuba, pues existe simétricamente una misma institución en el derecho del foro que permite su reconocimiento en virtud del orden público reflejo.

He aquí demostrado la versatilidad de la noción de orden público que hace parte del método conflictual del Derecho Internacional Privado.

II. Sobre las causales de denegación concernientes a la obtención de pruebas de carácter internacional en la Convención de La Haya fundadas en el principio de Soberanía y Seguridad de Estado.

En este segmento remarcamos los inconvenientes de la inserción de la causas de denegación de la ejecución y obtención de pruebas situadas en el extranjero fundadas en las causales de soberanía y seguridad. Indudablemente, la existencia de dichos criterios a la luz de la convención es nugatorio de la autonomía del derecho internacional privado y del derecho privado internacional. Breve pero enérgicamente debemos denotar que las nociones políticas y de derecho estatal como la Soberanía y la Seguridad de Estado son conexiones marginales a la ciencia de los conflictos de leyes como son las ramas asociadas al derecho internacional público, al derecho administrativo y a todas aquellas disciplinas o variante cuya fin se agota la explicación y preservación de la función del Estado como sujeto interno e internacional.

Veamos entonces el lugar de la categoría de la soberanía y de la noción insípida de seguridad de Estado. No podemos decir nada más que la soberanía como causal de revertir la focalización del derecho de prueba en un litigio internacional privado es una causal exorbitante y desnaturalizante

del régimen de cooperación judicial convencional de nuestros días. De ahí la importancia en este segmento de exponer algunos aspectos sobre la naturaleza de los tratados internacionales y su clasificación por un lado que condicionen las bases del control de la ejecución de toda comisión rogatoria de derecho internacional privado por un lado. De igual suerte, establecer que desde 1893, pasando por los convenios de 1905, 1954 hasta llegar a nuestra convención a inicios de la década de los 70, se han mantenido dichas causales como demostración de una evolución en reposo del propio derecho internacional privado y sus diversas tendencias que han permitido romper con las concepciones tradicionales de los derechos publicista de la época. De ahí, la variante que la soberanía como categoría unilateral e irreductible en sus orígenes sufre una serie de embates en la segunda mitad del siglo XX con el advenimiento de los fenómenos de la integración y previamente con la fortaleza del nuevo derecho convencional supranacional de los Estados que limitan la noción leviatánica del concepto de soberanía.

2.1. De la naturaleza de los tratados y convenios fundados en las causales de Soberanía y Seguridad de Estado.

Somos del criterio que los tratados su finalidad como clasificación marcan el contenido de las causales de inejecución de los mismo. A modo de ejemplo los tratados de asistencia legal mutua en materia penal internacional entre Panamá y Estados Unidos, presenta causales de orden eminente políticos la no inejecución cuando la orden de asistencia judicial sea producto de la violación a los derechos de soberanía y derechos humanos . El tratado de Montego Bay, la naturaleza es propia del derecho internacional público y del mar las causales son de orden estrictamente político pues se refiere a la delimitación del mar territorial y su plataforma continental . La convención de Viena relativa a las sustancias psicotrópicas, regula los hechos punibles en materia de narcotráfico y sus causales de inejecución son de carácter restrictiva. Otro tipo de convención de carácter procesal es la convención de La Haya de 1980 relativa a la restitución internacional del menor que fija causales propias al interés objeto del convenio .

Traslademos rápidamente algunos ejemplos persuasivos basados en la naturaleza de alguna convención en materia penal. Ella opera siempre y cuando tenga lugar el principio de doble incriminación , de exclusividad de la prueba, de especialidad . Siendo una materia de derecho puntual, ella responde sin duda a una ratio especial. De igual manera los acuerdos fiscales que comprenden el principio de soberanía o del interés esencial del Estado así como la regla de proporcionalidad. Estos criterios se asocian con el derecho de cooperación administrativo y fiscal.

A modo residual, observamos que en la acción de restitución ella es calificada de fallida o caduca por transcurrir mas de un año del desplazamiento del menor o bien por haberse integrado el menor en el nuevo núcleo familiar. Obviamente la causas de denegación son subordinadas a un sub criterio jurídico y técnico como podemos observar en los textos de convenios invocados.

a.1. Síntesis crítica de los conceptos de Soberanía y Seguridad.

Veamos en su estado puro los conceptos de soberanía y seguridad que calca la disposición 12 de la convención que censuramos por ser motivos de conexión inconsistente con la especialidad de nuestra materia.

La soberanía es una cualidad inherente de los Estados, pues el derecho internacional público solo puede construirse en función de Estados soberanos. Se puede inferir pues que la soberanía como un derecho ligado a la conservación de todo Estado. En el desarrollo y comprensión del espectro de la Soberanía como elemento consubstancial al Estado ella es excluyente, permanente y privativa . En efecto, la Soberanía como criterio y categoría de las relaciones y negocios internacionales es propio del Derecho Internacional Público tradicional.

Pero la discusión es mucho más extensa y compleja sobre la soberanía ella se confunde con el Estado. Y el Estado a su vez se manifiesta sus actos vía el derecho y su coactividad. Es decir Estado es derecho o Imperium. A este respecto Kelsen señala en este sentido que la Teoría del Estado se verifica como una relación de imperium, se caracteriza al estado siendo analizado como sujeto y como objeto del imperium es decir, de su Soberanía . La Soberanía es una noción esencialmente política y galvanizado por un orden legal. Ello se traduce para Hermann Heller en capacidad política del Estado, en competencia internacional de dicho Ente Político y en un concepto de libre espacio que le concede el propio derecho internacional .

a.2. La Seguridad de Estado.

Solo algunas acotaciones a la noción perturbadora de la noción de seguridad de Estado. Aparece realmente, la doctrina de la seguridad de Estado después de la segunda guerra mundial, precisamente en los albores de la denominada guerra-fría. Se trata de una doctrina política derivada de la cultura anglo-americana bajo pensadores como Alfred T. Mahan, Halford Mc Kinder y Karl Haushoffer, y concluye su mayor esplendor con la noción del Estado Fallido. Es un concepto hoy

en día controvertido se refiere más que todo, a la defensa de fronteras territoriales de los Estados y a la protección de su núcleo de valores. Es una doctrina que va a militar en función de los intereses ideológicos de los Estados que acuden a ella. No podemos descuidar que esta noción invasiva en el plano diplomático y de los conflictos de leyes se refiere no a la búsqueda positiva o negativamente de la ley aplicable sino a desarrollar de forma estratégica una agenda de seguridad nacional que rebasa netamente las cuestiones militares sino que opera en el mundo de la economía, en el medio ambiente y de la cultura general. En fin es un termómetro del poder y de los intereses de los Estado hegemónicos del momento. De ahí luego entonces del nacimiento de las doctrinas de la defensa preventiva del Presidente George W. Bush, en el caso de Irak o la guerra del Golfo y que puede postularse como mecanismo para reasegurar los intereses político de una determinada nación.

De forma contundente la doctora en Derecho Público de la Universidad de Veracruz cita un pasaje concerniente a la noción de seguridad nacional o de estado en un precedente de la Corte Británica aun en su pleno período colonial de principios de siglo pasado, recogía una decisión de la Cámara de los Lores en un caso de reclamación civil planteado en el año de 1916 al establecer: Aquellos sobre quienes recae la responsabilidad de garantizar la seguridad nacional deben ser los únicos con capacidad para decidir que es lo que la seguridad demanda. Sería en extremo improcedente que los asuntos de esa índole fueran objeto de prueba ante los tribunales, o se convirtiera en materia de discusión .

Es categórico y concluyente señalar que la noción de seguridad de Estado no pasa por el debate judicial ni es parte de la técnica de la búsqueda del derecho aplicable a la prueba lo cual conduce a sancionar que las nociones relativa a la soberanía y seguridad de Estado desvirtúan la finalidad de la convención de 1970 de manera clara con la complicidad de la doctrina savant. En el plano de la teoría dualista, la Soberanía cobra su importancia en la segregación intencional sobre la constatación de dos ordenes legales que se excluyen. Según la corriente dualista las relaciones internacionales solo operan en el espacio entre Estados soberanos mientras que el derecho positivo interno es un ámbito del derecho interno y en este sentido el derecho internacional no ejerce superioridad alguna sobre la Potestad interna de los Estados. La concepción absolutista de la noción de Soberanía como una categoría absoluta, permanente y excluyente elemento esencial de los Estados, en el estado actual de la post- modernidad se contempla bajo un criterio reductriz.

Entre las corrientes relativas subversivas al criterio dogmático de la Soberanía nos encontramos con la tendencia de la unificación del derecho internacional privado en el plano convencional por un lado y luego la aparición del fenómeno de interdependencia de los Estados con el nuevo orden económico que injerta en el corazón de la comunidad de naciones soberanas la coexistencia de dos ordenamientos entrelazados jerárquicamente en el plano de obligaciones vinculante de manera consuetudinaria. Produciendo el abandono total e irreversible de la doctrina de la *courtoisie* internacional. De ahí, su inexactitud en el campo de las relaciones de derecho internacional privado. Hay que trazar la línea divisoria entre estas dos ciencias que regulan los sujetos internacionales.

2.2. La crítica sobre los límites al principio de Soberanía y Seguridad de Estado en el plano de un convenio de derecho internacional privado en el campo de pruebas especialmente.

En el derecho internacional contemporáneo, los conceptos de soberanía y seguridad se someten a un proceso de reducción y ubicabilidad en sus funciones con relación a intereses entre particulares provenientes de Estados diferentes. Hay dos fenómenos llamados a regular dichas categorías, los convenios internacionales per se y los procesos de integración. En sendas hipótesis las categorías políticas en análisis sufren una disminución de su valor moral internacional.

La soberanía vista como categoría absoluta es un medio de exclusión de todo derecho en el extranjero y por ende no admite concurrencia alguna de la norma extranjera ya que la soberanía como *imperium*, es permanente y excluyente. De ahí, el principio que entre iguales nadie se somete *parem non parem*. No obstante la regla latina antes citada, las doctrinas absolutista de la soberanía pierden vigencia gradualmente en función de los factores de interdependencia económica y política de los Estados.

a.1. La incorporación de las fuentes de derecho convencional como fórmula reductora de la Soberanía y sus derivados de la Seguridad.

Podemos comenzar citar que desde el congreso de Viena de 1815, su aporte fundamental a la cadena de eventos internacionales producidos por las guerras napoleónicas en volver a trazar las fronteras entre los Estados beligerantes Monárquicos y las ideas liberales de la Revolución francesa de 1789, da pie a lo que hoy en día da origen a lo que conocemos como la fuente supranacional del derecho internacional moderno. Los convenios constituyen dentro de la Teoría general del Estado

una autolimitación de la Soberanía entre los Estados. La postura de Kelsen positivista consagrado pero con un claro panorama de los Sujetos de Derecho Internacional concluye con la idea que: estudiando el concepto jurídico material de la soberanía, y resuelta ésta en una serie de competencias o derechos, se llega a la consecuencia de que los tratados internacionales constituyen una limitación de los derecho de soberanía . Aduce igualmente, que mediante un tratado, un Estado puede obligarse a renunciar a una representación propia en el extranjero y a dejarse representar por órganos de otros Estados, es decir, por órganos nombrados conjuntamente por ellos.

De la precedente afirmación histórico dogmática se incorpora el fenómeno de la cesión de soberanía en el dominio del auxilio judicial que convergen sistemas de derecho judicial de carácter privado como lo son el régimen probatorio en el campo civil y mercantil. El ejemplo patente en el hemisferio latinoamericano es la propia Convención Panamericana o Código de Bustamante, que regula no solo el régimen de cooperación judicial internacional mediante el cual se distribuye la competencia jurisdiccional como conflictual repartidas entre el estado exhortante y el estado exhortado como un medio de materializar la justicia internacional , sino también delimita y reglamenta el derecho procesal civil convencional en el libro IV de dicho tratado. Introduce el Panamericanismo casi medio siglo después de la creación del tratado de la comunidad económica europea, la resoluciones y decisiones jurisdiccionales que tiene fuerza probatoria de pleno derecho, sin estar ellas subordinados al control del régimen imperativo del exequátur tales como: las resoluciones judiciales de carácter declarativo en materia de incapacidad e interdicción , en el dominio de ausente así como en las sentencia declarativas de prodigalidad , sin perder de vista las sentencias declarativas de quiebra internacional contenidas en dicha convención que contienen efecto de pleno derecho . En la esfera común de la elaboración de las convenciones de La Haya, la convención de 1907 va mucho más allá al establecer la prohibición de recurrir a la fuerza o a la guerra para el cobro de deuda pública entre los Estados. Esta convención de derecho político internacional es demostrativa de la reducción de la soberanía frente a los intereses de la comunidad internacional en preservar la paz mundial.

Los dos ejemplos anteriores, basta para establecer que la soberanía como derecho político constituye una causa ubicable en función de la finalidad en cada tratado.

a.2. El fenómeno económico de los procesos de integración medio de excluir la intervención leviatánica de la soberanía de los Estados.

Desde los albores del ius naturalismo y la escuela estoica el ideal de un solo derecho para una sola Humanidad y concretado por una concepción universal contenida en el derecho romano, ha sido parte del deseo de la voluntad del hombre en concretarlo como meta última. Obliga apuntar que en el hemisferio latinoamericano los procesos de integración se inician con el congreso Anfictiónico o de Panamá de 1826 que pretende regular las relaciones de derecho internacional público y privado a grandes rasgos es el cuadro político del siglo XIX más concreto del fenómeno de las confederaciones, es decir la autolimitación de la soberanía.

Pero previa a la elaboración de la Convención de 1970 tiene lugar el desarrollo y debate de la Convención de Washington de 1965 relativo al régimen de la inversión extranjera. Este tratado mixto de derecho económico e internacional propugna por la eliminación de la Doctrina Calvo, ideología que centra sus esfuerzos en el predominio del Estado sobre los particulares en conflicto. La nueva convención, introduce la renuncia de la soberanía judicial de los Estados receptores de las inversiones proveniente de los agente económicos y la renuncia a la excepción de la inmunidad de ejecución por parte del Estado; sometiéndose tanto los intereses de los agentes económicos como de los estados a un mismo resorte jurisdiccional. La promiscuidad organizada a través de la Convención de Washington pone fin al concepto y excepción de soberanía en los asuntos del derecho comercial internacional y de inversión.

Por otro lado, acotamos el surgimiento de los procesos políticos de integración y la expansión de mercado el cual justifica el nacimiento de un derecho internacional de síntesis, lo que hoy se denomina, el derecho transnacional creado por Philip Jessu constata que el nuevo orden edita normas internacionales vía organismo internacionales y un foro de ejecución que todo ello conduce a constatar la interdependencia y subordinación del interés nacional de los Estados a los intereses supranacionales de la comunidad mundial. Aparte de la evolución histórica de las regiones se aprecia una especie de federalismo implícito en las corrientes económicas y políticas entre los Estados que denotan que el derecho se dinamiza sin tomar en cuenta los criterios de soberanía tradicional en nuestra zona del derecho privado.

III. En torno a las causales reales de denegación de prácticas de pruebas inherentes a la dogmática del derecho procesal civil internacional.

Después de este largo y denso recorrido sobre la incompatibilidad de las nociones de soberanía y seguridad, la vieja Europa abandona dicha concepción para comprender que la cooperación judicial es una acción directa entre el juez exhortante y el juez exhortado. Pero no podíamos en este trabajo ignorar el gran aporte crítico sobre la cooperación internacional mexicana del autor Ricardo Abarca que ya en la década de los 80 escribe en torno a este instituto y explica que, el sistema jurídico nacional dispone la más abierta y fácil cooperación judicial internacional; en materia procesal y especialmente en mero procedimiento no mantiene para concederla ni aún el requisito de reciprocidad internacional y mucho menos la idea de international courtesy, necesariamente sujeta a la libre discreción. La órbita de acción de los medios de prueba en la escala interna e internacional son de orden técnico y entran en el denominado derecho de la defensa de las partes, siendo el juez árbitro de dichos intereses en conflicto. La relevancia, la congruencia y el interés o pretensión son normas técnicas de apreciación el proceso de obtención de la prueba por el juez exhortado, de ahí, la vigencia del viejo adagio francés *pas d'intérêt, pas d'action*.

Se trata entonces del régimen de obtención de pruebas en el extranjero en un negocio jurídico determinado cuya admisibilidad, control y ejecución de la prueba, gira alrededor del Poder Judicial del estado requerido. Ello convierte el debate de la licitud o ilicitud de la cooperación sobre la base de la pluralidad de foros concurrentes para regularizar la obtención de la prueba internacional.

Así podríamos entonces, intentar reagrupar los criterios validos para la realización de la prueba extranjera conforme a la naturaleza de la Convención de La Haya de 1970 subordinada al respeto de tres criterios o causales a modo de *lege ferena* que permitan la feliz realización de toda cooperación judicial: 1) el orden público del juez comisionado; 2) no violente el principio del contradictorio y 3) finalmente, el respeto a las garantías fundamentales de carácter universal o derechos humanos.

3.1. El principio de orden público.

La reserva de orden público opera en materia de cooperación judicial internacional, cuando la referida prueba solicitada por el juez comitente, ya sea de carácter testimonial, pericial o

documentaria su consecución o practica de dicha prueba, choca con principios o una norma material fundamental del juez del comisionado que impida su realización.

A modo de ejemplo, una prueba testimonial solicitada por un tribunal de Lima Perú, a hacer practicada ante el juez comisionado en Panamá, cuya deposición o declaración debe efectuarla un funcionario de la filial de la Banca Suiza en Panamá, sobre cuentas bancarias de un exportador de algodón de nacionalidad peruana; el funcionario bancario encargado de la cuenta, debe develar información sobre la identidad del dueño cuyo titular es el presidente de dicha corporación a instancia de una demanda de alimentos decretada por un juez de familia del Primer Circuito Judicial de la Ciudad de Lima. Resulta ser que, el cuestionario formulado por la autoridad competente limeña, violenta el orden público panameño en virtud de las características de dicha cuenta que entran en la esfera del régimen legal del secreto bancario panameño por ser una cuenta cifrada. Este auxilio judicial encierra una violación al secreto profesional del banquero y al régimen de protección de activos del servicio bancario panameño.

En otra hipótesis, en el dominio corporativo y fiduciario, sería el caso que mediante exhorto o carta rogatoria un Tribunal de Dijon, solicite la identidad de los propietarios de los activos de una fundación de interés privado inscrita en la jurisdicción panameña, la cual efectuó una donación a un equipo de rugby en Francia. La ley primera del 5 de enero de 1984 preservan la identidad de los beneficiarios por el secreto de identidad que hace parte del orden público de las personas jurídicas fiduciarias y por ende sería rechazado por conculcar el orden público material.

En otro contexto, a petición de la sociedad CEMEX un Tribunal del Estado de Nuevo León, solicita se interrogue al titular de una patente de cemento plástico cuyo inventor reside en la ciudad de Panamá y cuya develación de información industrial viola el orden público de protección de la patente de invención preservada no solo en el derecho interno sino en el derecho convencional. El caso patético sería el traslado de prueba en materia internacional en donde la prueba pertenezca a un dossier de derecho de familia de carácter confidencial, obligando al juez comisionado a rechazar la petición por ser contraria al pudor y moral de su orden legal .

3.2. *El respeto a los derechos fundamentales universales.*

La aparición de los derechos fundamentales recoge diversos conceptos que son homónimos es decir, iguales, como son los términos de: garantías constitucionales, libertades públicas, derechos humanos y finalmente derechos fundamentales los cuales se descomponen en derechos fundamentales de origen horizontal- constitucional y derechos fundamentales de origen supraconstitucionales. Puede que los mismo exista entre ellos una correspondencia en el derecho interno como en el derecho internacional pero todo dependerá de la forma de gobierno de cada Estado que reconozca los mismos desde una óptica constitucional o supraconstitucional .

Los derechos fundamentales de carácter universal constituyen un verdadero orden público universal cuya diferencia con el orden público de excepción reside en la fuente normativa en la cual se inspira el juzgador. Es muy probable que en determinadas causas, los derechos fundamentales de carácter universal se reproduzcan con igual intensidad tanto en el espacio supranacional como en el dominio nacional como sería el caso del derecho de defensa o de ser oído que constituye un elemento consubstancial de todo proceso jurisdiccional moderno. Precizando entonces, los derechos fundamentales de fuente supranacional, son producto de un orden de valores que responderán al desarrollo cultural de los pueblos en su estadio evolutivo . Pero independiente de la postura doctrinal de la concepción de la vigencia del derecho internacional ya sea del punto de vista dualista o monista lo cierto es que su presencia es concluyente en su aplicación en un determinado país tal como lo expone en su tesis Clara Sciotti-Lam en torno a la aplicabilidad de los derechos fundamentales vía tratado y en el derecho interno que nos permitimos reproducir: L' applicabilité directe est la suite logique de l' introduction des traités relatifs aux droits de l'homme en droit interne lorsque ceux-ci sont introduits tels quels, soit par la voie du monisme, soit par celle de l'incorporation dans les Etats dualiste .

La confrontación de todo exhorto proveniente de una jurisdicción extranjera puede poner en peligro principios fundamentales del derecho del juez o de una autoridad comisionada o exhortada. Estos principios fundamentales son básicos o mínimo de garantía social vinculados a la dignidad humana mas que a una diferencia de intereses económicos como la divergencia de sistemas tributarios o la protección a la actividad de servicios de un determinado país que vulneren los intereses socio-

económicos. La búsqueda de los derechos fundamentales estriba en su localización. Para los juristas panameños los derechos fundamentales evoca, las garantías fundamentales inscritas en el derecho constitucional . Pero no se agota en esa zona de la Carta Magna republicana panameña, sino que se extiende aquellos derechos convencionales que introducen principios y derechos clasificados como derecho humanos y la fórmula de los derechos pertenecientes al bloque de la constitucionalidad , los cuales gozan de la misma jerarquía pero de fuente normativa distinta. Para el derecho francés, explicar los derechos fundamentales es un tema de libertad individual y jurisprudencial. No así para el derecho alemán el cual intenta catalogar una nueva gama de derecho considerados como derechos fundamentales autónomos.

En el caso de los derecho fundamentales se trata de violaciones de corte universal a grados de agresión sobre valores de civilización mas que todo. Que tales derechos fundamentales pueden decantarse de un derecho convencional y de igual manera de un derecho local del foro. A modo de ejemplo, una demanda extendida por un Tribunal alemán vía exhorto o carta rogatoria dirigida a la autoridad del registro civil panameño, a efecto de conocer el origen del proceso de filiación del menor Raúl Sánchez nacido en Panamá, pero rebautizado bajo el nombre de Arthur Gungenheimen hijo del Cujus Ingo Gungenheimen dentro de un proceso de sucesión abierta en Stuttgart, Alemania, cuyo motivo de la comisión rogatoria consiste en conocer el tipo de filiación de carácter adoptiva y contractual y bajo que circunstancias se perfeccionó. Dicha petición que es fundamental en virtud de la clasificación filial existen en Alemania choca con la Convención Universal de los Derecho del Niño de Naciones Unidas 1989 , convenio ratificado por la República de Panamá que impide en virtud del principio de la confidencialidad del trámite el poder transmitir y publicitar toda información del menor adoptado dentro del proceso de sucesión por parte del oficial del Registro Civil que está investido de competencia privativa y excluyente en este dominio. Tal sería el caso de obtener informe del nombre y apellido de un expósito cuyo estado civil no pudiera comprobarse, el mismo será valorado su admisibilidad por la autoridad administrativa correspondiente .

3.3. El principio del contradictorio.

El principio del contradictorio ,debe ser estudiado como un elemento de control de la regularidad de los actos de cooperación judicial encaminados a obtener una prueba dentro de un determinado litigio de naturaleza civil y comercial. Este control de regularidad no solo está marcado en el dominio de la asistencia probatoria, sino este principio se extiende también en materia del proceso

de exequátur y de extradición . Entra en vigencia y actualización del principio, del ámbito del principio del contradictorio, el fundamento de derecho judicial y sus fuentes en el plano convencional tanto en la convención europea de los derechos humanos .

a.1. Sobre la actualización del principio del contradictorio.

se trata de un derecho de defensa que traduce un principio de igualdad entre las partes. Igualdad de armas y de medios probatorios. Es una regla que solo puede entenderse dentro de un criterio de bilateralidad conflictual entre la tesis del actor y la antítesis del demandado. Pero esta bilateralidad comprende una regla de forma y una regla de fondo. Los actos procesales su formalidad hacen parte de la validez y legalidad de dicha pieza procesal. De igual modo tal forma del acto contempla una regla sustantiva de cognición es decir de información sobre el debate de los hechos. La forma es una expresión de autoridad el contenido una delimitación del debate que da a la vez publicidad y seguridad dentro de la concatenación de actos procesales. En su tesis magistral doctoral, el jurista André Huet, afirma que la transmisión de toda comisión rogatoria, en virtud de derecho común permite al tribunal requerido y al gobierno ejercer un control sobre la oportunidad de la ejecución de la comisión , y es que la ley del tribunal requerido tiene la sola competencia para reglamentar el proceso de ejecución de la comisión rogatoria Todo gira entre la conciliación entre la *lex fori processus* del juez exhortante y la *lex fori executionis* en el respeto de la regla de la bilateralidad de la prueba en su fases de control y ejecución de la prueba.

A modo de ejemplo, una notificación contenida en una comisión rogatoria proveniente de un tribunal Costarricense hacia la jurisdicción panameña, en donde se pretende notificar a la parte demandada, pero no contiene el término de contestación de la demanda, ni el domicilio del circuito judicial donde esta radicada el foro en San José, Costa Rica, es una notificación nula de acuerdo a las reglas de notificación comportando efectos extraterritoriales . Así, como no es cónsona con la regularidad prevista en la Convención Interamericana Relativa a la obtención de pruebas en el extranjero de 1975 .

Así por ejemplo la solicitud de un tribunal panameño de practicar una prueba en Costa Rica, a la primera ciudad fronteriza de dicho país limitada recibir una deposición sin que la contra parte haya sido invitada a estar presente en dicha declaración, es decretado inviable por carecer dicho medio probatorio de la garantía procesal del contradictorio al ignorar la participación de la contra parte

aun más domiciliada en dicha jurisdicción. Otro ejemplo del carácter omnipresente y sacramental de la regla del contradictorio, la practica de una prueba pericial en el puerto del Valparaíso, Chile, en donde se verifica las causas de explosión de una motonave de bandera panameña, en ausencia del naviero o armador afectado por dicha prueba de carácter vinculante y relevante para la determinación de la responsabilidad del propietario faculta al juez del foro exhortado a descartar en violación al derecho del contradictorio como principio reconocido en dicha jurisdicción.

a.2. Del ámbito del principio del contradictorio.

El ámbito o extensión del principio del contradictorio ocupa puesto central en la actividad del contencioso en sí misma. Ella comporta el principio de la defensa como un derecho de garantía fundamental, tanto del proceso judicial interno como internacional. Conlleva el principio de publicidad es decir, el conocimiento de las fechas y términos fatales para la presentación de los medios probatorios orales y documentarios así como la viabilidad o no de asegurar algunas pruebas atípicas.

El reflejo del contradictorio se evacua en el régimen de la carga de la prueba y sus excepciones para ambas partes, en el principio de lealtad procesal, en el derecho interrogar y repreguntar en la fase de las pruebas testimoniales vinculantes, en la regularidad de las pruebas documentales o escritas y por su puesto en la responsabilidad del juez en dirigir el contradictorio de manera imparcial tratándose de jueces de una jurisdiccional estatal y neutral tratándose de árbitros en un contencioso transnacional y que finalmente, se realiza en la motivación de las decisiones. Es de sumo interés la interpretación y postura del autor clásico Henri Batiffol respecto al control del derecho de defensa pues, sostiene de manera radical la hegemonía de la ley procesal principal que conserva aun el control de los actos en cuanto a su contenido y acude al precedente del Tribunal de Casablanca de 17 de febrero de 1927 que se le reprocha el haber practicado una prueba por vía de comisión rogatorio en detrimento del derecho de defensa de la parte afectada, Batiffol sostiene que dicha irregularidad permite a fortiori rechazar los efectos de dicha prueba bajo el imperio de la lex procesalis principal .

a.3. El principio del contradictorio base esencial de toda jurisdicción: fundamento de orden nacional y convencional.

El principio del contradictorio esta reconocido en Panamá a través de la regla de la bilateralidad en el código judicial de 1986 en su libro II. En los segmentos anteriores hemos demostrado su permanencia en las distintas fases procesales.

Cabe puntualizarlo en el derecho convencional interamericano y en las convenios de los derecho humanos de América Latina y Europa.

La regla del contradictorio es connatural a todo litigio. Se trata del principio que desarrolla el derecho de defensa un derecho natural y elevado a un derecho humano por la Corte de Derecho Humanos Europea. El principio del contradictorio revista múltiples facetas que de el se desprende la igualdad de armas y de medios probatorios en todo contencioso. Tal principio reviste de importancia pues conlleva en sí una regla de equidad y de preservación del equilibrio procesal dentro de un espíritu de igual entre las partes .

La justicia y jurisdicción moderna presenta una constante dentro de los procesos contenciosos cuya regla comporta el principio sistemático del contradictorio; en el nuevo código de procedimiento civil francés, contiene dicha constante el cual se expresa tal como sigue, *Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée* . El código de derecho procesal civil no recoge con tan clara y profunda sencillez el principio del contradictorio como lo realiza la disposición 14 del denominado nuevo código de procedimiento civil francés pero retiene de manera equivalente el principio de defensa la disposición que impone en toda decisión jurisdiccional el cumplimiento del debido proceso, la igualdad procesal entre las partes, la economía y lealtad procesal.

Conclusión

Resta apuntar que, las tres causas de control sobre la licitud internacional de la comisión rogatoria en el plano del derecho procesal civil internacional en el dominio de la obtención de prueba tanto civil como comercial, se pueden armonizar perfectamente con las causales de control del régimen de comisión rogatorias, sujetas a los principios del orden público, al respeto del contradictorio y a la preservación de los derechos fundamentales de carácter universal en reemplazo de las nociones

impropias de la soberanía y seguridad de Estado creado así un mayor de tolerancia e interdependencia de los sistemas judiciales entre sí con nociones neutras y jurídicas conforme al interés de los convenios de derecho internacional privado

Derecho internacional privado en México y Venezuela: tres puntos de coincidencia

Yaritza Pérez Pacheco⁴² y Mirian Rodríguez Reyes⁴³

México y Venezuela han estado, especialmente a lo largo de las tres últimas décadas, estrechamente vinculados por el Derecho internacional privado a través de la codificación, la actividad académica y la cooperación judicial internacional. En estas breves notas presentaremos los aspectos más relevantes en cada uno de estos estratos en que se ha manifestado tal vinculación, como ejemplo vívido de ello y como contribución al acervo de las experiencias comunes que en esta rama del Derecho nos unen y seguramente seguirán uniéndonos, esta vez, con ocasión de la celebración de los 15 años de edición ininterrumpida de la Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado.

Uno de los puntos de unión se pone de manifiesto en la codificación de Derecho internacional privado, tanto a nivel de fuentes internacionales como nacionales. En el ámbito de las fuentes internacionales, entre México y Venezuela se encuentran vigentes un número importante de tratados internacionales. Especial énfasis merece la codificación interamericana promovida y auspiciada por la Organización de Estados Americanos, en cuyo marco encontramos quizás la expresión más patente de esta relación, ambos países son partes de las Convenciones Interamericanas sobre: conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas (1975), arbitraje comercial internacional (1975), exhortos o cartas rogatorias (1975) y su protocolo adicional (1979), recepción de pruebas en el extranjero (1975) y su protocolo adicional (1984), régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero (1975), conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles (1979), eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros (1979), normas generales de derecho internacional privado (1979), prueba e información acerca del derecho

⁴² Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela y actualmente Directora de dicha facultad.

⁴³ Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela.

extranjero (1979), restitución internacional de menores (1989), y derecho aplicable a los contratos internacionales (1994). Respecto a esta última Convención, destaca la particularidad de ser nuestros países los únicos entre los cuales se encuentra vigente.

En México, bajo la vigencia de los códigos civiles de 1870 y 1884 algunos juristas comenzaron a preocuparse por la enseñanza del Derecho internacional privado . Por ejemplo, José Algara, con su obra Lecciones de Derecho Internacional Privado, publicada en 1889; Manuel Escalante presenta como tesis profesional un trabajo titulado “Conflicto de leyes relativas a la capacidad de las sociedades mercantiles por acciones”, en 1892 ; Emilio Velasco, pronuncia un discurso sobre las “Facultades federales de legislación en materia de ejecución de sentencias extranjeras”; en 1895 ; Francisco J. Zavala, con su obra Elementos de Derecho Internacional Privado de 1903; y Luis Pérez Verdía, con su Tratado Elemental de Derecho Internacional Privado, publicado en 1908 .

Por su parte, en Venezuela el Derecho Internacional Privado nace en las aulas universitarias en 1897, no obstante, el interés de la academia se extendió al ámbito legislativo, aprobándose en 1998 la primera Ley de Derecho Internacional Privado en el continente americano, después de un largo y agreste camino recorrido. Por ello, se afirma que esta materia por muchos años sólo tuvo interés para los profesores universitarios, no haciéndose sentir en la práctica judicial.

En cuanto a las fuentes nacionales, debe decirse que los intentos de codificación interna de las normas de Derecho internacional privado de manera autónoma, son de vieja data. En Venezuela, a doce años de vigencia de la Ley especial en la materia, el balance es altamente positivo, tanto a nivel de la jurisprudencia como de la doctrina, incluso, ha servido de inspiración a los países americanos para impulsar sus reformas internas en la materia y, en parte, lo ha sido para el proyecto mexicano. Una revisión general nos permite identificar los países que han modificado sus normas de Derecho internacional privado, regulándolas de manera conjunta y agrupándolas en un único cuerpo normativo o ampliando los existentes, podemos citar, entre otros: Albania, Australia, Austria, Bélgica, China, Eslovenia, Estonia, Hungría, Italia, Japón, Polonia, Portugal, Rumania, Suiza y Turquía. Y entre los que han iniciado un camino en esta dirección, destacan los Proyectos de Argentina, Uruguay, México y España.

De esta revisión se observa como los sistemas de Derecho internacional privado del hemisferio americano no escapan de la dispersión normativa a la que estamos acostumbrados y, salvo

Venezuela con una regulación autónoma en la materia, en el resto de los países se encuentran distribuidos y fraccionados en distintos cuerpos legislativos y leyes especiales precedidos, en algunos casos, por el título preliminar del código civil en el que concurren la mayor parte de sus normas .

Como fiel expresión a la necesidad de una ley autónoma en la materia, algunas voces se han hecho sentir. De esta manera, la profesora argentina Sara Feldstein de Cárdenas, considera que “no puede amputarse el objeto de la disciplina e ignorarse la necesidad de su tratamiento legislativo en una futura, añorada, esperada ley de derecho internacional privado, en un código de derecho internacional para la República Argentina. Quizás alguien escuche nuestro sincero clamor”. En tanto que el Maestro mexicano Jorge Alberto Silva Silva, al analizar la nueva Ley de la República Popular China sobre la materia, nos advierte: “Las leyes de Derecho Internacional Privado especializadas para cada Estado de la comunidad internacional parecen que van proliferando en el mundo, lo que es signo de que cada país está consciente de su participación en las relaciones internacionales y que éstas se han intensificado”. Por otra parte, los nexos entre los maestros y profesores de Derecho internacional privado mexicanos y venezolanos se han manifestado primordialmente a través de la Academia y de sus principales representantes, como Tatiana B. de Maekelt, cultora del Derecho internacional privado venezolano, y Leonel Pereznieto Castro, motor de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado con proyección mundial. La relación entre Tatiana y Leonel se inició a partir de la representación de ambos, por sus respectivos países, en la Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado. Lo que siguió a ese punto de partida fue una relación amistosa signada por el respeto y la admiración mutua, así como por el deseo común de labrar el desarrollo de la disciplina, cada uno, desde sus respectivas trincheras y con los medios puestos a su alcance. A partir de allí devino un intercambio académico de gran significación para nuestros países.

En 1982, Leonel Pereznieto visitó Venezuela con ocasión a la celebración del XI Congreso Internacional de Derecho Comparado realizado en Caracas del 19 de agosto al 5 de septiembre de ese año, evento que Tatiana Maekelt promovió activamente poniendo especial empeño para su realización. En ese entonces, Pereznieto presentó una ponencia nacional sobre el tema *What law determines the liability of marketable share company for obligations on a foreign subsidiary*. Además, una de las obras más significativas realizadas por Maekelt ha servido de plataforma para estrechar aun más los nexos entre las escuelas venezolana y mexicana. Esta es, la Maestría en

Derecho Internacional Privado y Comparado, cuya sede se encuentra en la Universidad Central de Venezuela. En el seno de la Maestría se han recibido a destacados académicos internacional privatistas de diversas partes del mundo, como muestra de la visión comparada de Derecho internacional privado que nuestra maestra insistía que sus discípulos obtuvieran.

Leonel Pereznieto fue uno de los primeros profesores extranjeros invitados a dictar clases en la Maestría, y quienes fuimos en ese escenario sus alumnos recordamos con gran satisfacción su curso sobre garantías mobiliarias y cesión de créditos internacionales. En 2002 regresó con el curso sobre arbitraje comercial internacional, y en mayo de 2007, gracias a la organización y colaboración de la Universidad Central de Venezuela, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y el Centro de Estudios de Derecho Internacional Privado y Comparado (CEDE), las nuevas generaciones de internacional privatistas venezolanos pudieron escucharlo a través de la videoconferencia El impacto de la globalización en el Derecho Internacional Privado. En ese espacio de convergencia académica, la escuela mexicana se ha hecho presente en la Universidad Central de Venezuela con los profesores Jorge Alberto Silva Silva, Nuria González Martín y Mario de La Madrid Andrade, en 2002, 2010 y 2011, respectivamente, con cursos de gran interés y actualidad en el ámbito del Derecho internacional privado.

Continuando la relación académica, un pequeño grupo de egresados de la Maestría, hemos sostenidamente asistido, desde el año 2005, a la celebración de los seminarios que anualmente realiza la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado. Esto es el reflejo de una de las acciones de acercamiento que nuestra maestra promovía constantemente entre sus seguidores. El reconocimiento mutuo entre los maestros Maekelt y Pereznieto se vio proyectado en los homenajes que sus colegas y discípulos les rindieran. Así, él participó en el Liber Amicorum—Homenaje a la obra científica y académica de la Profesora Tatiana B. de Maekelt, a través de la publicación Elementos para la redefinición del concepto de Soberanía . Ella, fue oradora de orden en el homenaje rendido a Pereznieto en 2007, en la Ciudad de México, en el marco del XXX Seminario organizado por la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado. Pero la incorporación de ambos a las academias de nuestros países ha sido el mejor ejemplo de aquel reconocimiento mutuo que caracterizó esa relación. Maekelt fue miembro honorario de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, en tanto que a Pereznieto, en el año 2010, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela lo distinguió como miembro corresponsal, distinción que Maekelt promovió con empeño mientras ocupó el cargo de

Presidenta de esa corporación académica, pero que su inesperada muerte no permitió entregársela personalmente.

También desde la cooperación judicial internacional son ostensibles los vínculos de Derecho internacional privado entre México y Venezuela. Un importante flujo de actividad cooperacional se manifiesta entre ambos países, especialmente en el ámbito de la cooperación de primer grado concerniente a la práctica de actos de mero trámite, siendo México, junto con Argentina, Chile, Colombia, Estados Unidos de América, Panamá y Perú, uno de los países con los cuales la asistencia se muestra más activa. Asimismo, en la cooperación de tercer grado, relativa a la eficacia extraterritorial de sentencias, destaca un significativo intercambio. En efecto, el Tribunal Supremo de Justicia venezolano en varias ocasiones ha conocido de sentencias de divorcio emitidas por tribunales mexicanos cuyo reconocimiento y ejecución se pretende en territorio venezolano.

En fin, el Derecho internacional privado mexicano y venezolano encuentran hoy puntos de coincidencia en los que confluyen de alguna manera los esfuerzos, las iniciativas y el pensamiento de quienes han sido cultores de esta disciplina. La obra de los Maestros Tatiana de Maekelt y Leonel Pereznieta, ha contribuido al posicionamiento de las escuelas mexicana y venezolana en la historia del Derecho internacional privado en América. Las escuelas que con tanto tesón y ahínco impulsaron, seguirán recibiendo en su seno a nuevas generaciones de internacional privatistas que recorrerán el camino trazado y andado por sus maestros, conscientes del legado y de la responsabilidad de continuar estrechando vínculos en aras del desarrollo del Derecho internacional privado.

El reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras en los Estados Unidos.

James Frank Smith⁴⁴

Introducción

Recientes indemnizaciones por daños de miles de millones de dólares se han emitido por tribunales extranjeros contra las grandes empresas estadounidenses, tal es el caso de Dole Foods en Nicaragua y Chevron en Ecuador, casos que dieron lugar a sentencias enormes (97 millones y 18 billones, respectivamente), mismas que han llamado considerablemente la atención de los medios. En

⁴⁴ Profesor de la Universidad de California, en Davis.

efecto, esta clase de litigios, contra las empresas estadounidenses en tribunales extranjeros se han vuelto tan rentables, que han generado toda una industria dedicada a su financiación. Este fenómeno, junto con los inevitables litigios transfronterizos, el crecimiento de litigios transfronterizos que ha acompañado a la globalización, han enfocado atención en el marco jurídico de los Estados Unidos para el reconocimiento y la ejecución de las sentencias extranjeras.

En los Estados Unidos, ningún tratado o ley federal regula el reconocimiento o la ejecución de las sentencias extranjeras. Por el contrario, el proceso se rige de forma local por leyes estatales de los cincuenta estados de la Unión Americana. Hay dos etapas bien diferenciadas: Las sentencias extranjeras primero deben ser reconocidas y después ejecutadas. Una vez que los demandantes han obtenido una sentencia de reconocimiento en un determinado estado, los tribunales de los otros estados deben cumplir su ejecución independientemente de sus propias leyes de reconocimiento. Este sistema permite que un demandante obtenga una sentencia extranjera reconocida en un determinado estado y luego se puede ejecutar dicha sentencia en otro estado, ya que se considera a la sentencia extranjera reconocida como una sentencia de un estado. Sin importar que el estado de ejecución no hubiera reconocido la sentencia en el primer lugar. Esta obligación es prácticamente automática en cualquier estado de la unión americana aunque se base en una sentencia extranjera reconocida. Como asunto practico un demandante puede hacer valer su reconocimiento en cualquier juicio de ejecución de un estado donde el deudor tenga bienes suficientes para satisfacerla. La plena fe y cláusula de crédito de la Constitución de los Estados Unidos impone una obligación a los estados de cumplir ciertos actos oficiales, incluyendo los procedimientos judiciales, de otros estados. Desde el año 1895 los tribunales estadounidenses han reconocido y aplicado las sentencias extranjeras como una cuestión de cortesía internacional. *Hilton v. Guyot* Por otra parte, la Suprema Corte ha delegado el control de los procedimientos de tales casos a los estados en *Erie Railroad v. Tomkins*.

Dentro de los cincuenta estados, existe una continuidad de los regímenes de protección, que hacen reconocimientos difíciles y caros, así como también existen regímenes de recepción que hacen tal reconocimiento mucho menos difícil y caro. En este artículo se describen tres regímenes de leyes de reconocimiento legal y algunos casos importantes que se habían planteados en los cuatro estados de California, Florida y Nueva York y Texas. El artículo también describe brevemente los obstáculos al reconocimiento de un estado de derecho común (Arizona).

En 1962, la Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Estatales Uniformes (mejor conocido por sus signos en inglés, NCCUSL) promulgó una ley modelo conocida como la Ley uniforme de reconocimiento de sentencias extranjeras pecuniarias (o Lursep de 1962) (Uniform Foreign Money Judgments Recognition Act, (UFMJRA)). La Lursep de 1962 preveía el reconocimiento de sentencias extranjeras en las cortes estatales de los estados que han adoptado esta ley. En 2005, el NCCUSL revisó la Lursep de 1962 para convertirse en la Lursep de 2005. Hasta la fecha se ha aprobado una versión u otra de la Lursep en treinta dos 32 estados. Hasta la fecha, dieciocho estados han adoptado la Lursep de 2005. Algunos estados han promulgado sus propias leyes sobre la base de algunas reformas de la Ley de 1962, mientras que el resto de los estados (dieciocho) se rigen por el derecho común derivada de *Hilton v Guyot*, que permite a las resoluciones judiciales extranjeras ser reconocidos como una cuestión de cortesía internacional o sea una cuestión de derecho común o derecho consuetudinario. La Lursep de 2005 establece un período de 10 años de prescripción para la acción de reconocimiento de una sentencia extranjera pecuniaria. La sentencia debe ser final, concluyente, y aplicable. Sin embargo, la sentencia no puede ser para el pago de impuestos, una multa o sanción, o para una sentencia en materia de derecho familiar con la excepción de lo reconocido por principios de cortesía la cual no estaría en el ámbito de la aplicación de la dicha ley.

La Lursep de 1962 y 2005 o sea leyes de reconocimiento

La Lursep de 1962 igual que la Lursep de 2005 provee específicamente nueve excepciones en contra del Reconocimiento, incluyendo tres que son obligatorias y seis que son discrecionales. Las del tipo obligatorio requieren el rechazo de reconocimiento de la sentencia extranjera. Las del tipo discrecional, permiten que la corte no reconozca la sentencia extranjera. Cualquiera de las dos versiones de la Lursep, contienen las mismas tres excepciones obligatorias y las primeras seis discrecionales. Sin embargo, La Lursep de 2005 incluye dos nuevas reformas discrecionales de no-reconocimiento.

La Lursep de 1962 no tenía una asignación de la carga de juicio de sentencia entre deudores y acreedores. Al principio la mayoría de los estados, imponían sobre el acreedor que demostrara “la sentencia definitiva y concluyente, y lo que se debía de pagar. En la siguiente fase del litigio algunos estados cambian la carga del juicio a los deudores que han sido demandados en una sentencia extranjera). Otros estados solamente hacían un cambio discrecionalmente. La Lursep de

2005, pone la carga de juicio en demostrar una excepción a la parte que opusiera al reconocimiento de una sentencia extranjera en virtud de dicha ley.

Tres defensas obligatorias

El reconocimiento debe ser negado bajo las siguientes circunstancias:

- (1) Excepción en la falta del debido proceso: El sistema judicial no proveyó debidamente el debido proceso. [“el juicio (extranjero) fue dado bajo un sistema judicial que no fue imparcial en los tribunales o un proceso compatible con los requerimientos como es debido en el proceso de ley”- la defensa del “sistema judicial”]
- (2) La corte extranjera carecía de jurisdicción sobre el demandado; o
- (3) La corte extranjera carecía de jurisdicción sobre la materia del juicio.

Debido proceso

Pese a la excepción de falta de debido proceso en el sistema judicial un sistema extranjero, no necesita tener todas las características de sistema judicial de los Estados Unidos para demostrar un debido proceso. Así que siempre y cuando el demandado tenga derecho a un abogado, el poder judicial tenga alguna medida de independencia, y la corrupción no esté por todos lados, por lo general, este sistema judicial extranjero se considerará adecuado en este sentido. Por ejemplo, se considera que un sistema judicial tiene procesos compatibles con el debido proceso si: 1) a los demandados se les brinda un juicio justo ante un tribunal imparcial, 2) el tribunal lleva a cabo el proceso del litigio como prevé la ley procesal después del emplazamiento propio o la comparecencia voluntaria del demandado, y 3) no hay prueba de prejuicio indebido en el sistema de justicia del poder judicial del país. La ausencia de debido proceso es indicada por el sistema judicial dominado por los poderes políticos o por la parte de oposición, o cuando alguna parte no pueda obtener un abogado, conseguir documentos o la comparecencia de testigos o acceso a una revisión o apelación.

“El sistema judicial” carecía de cortes que sean imparciales o de cortes que proporcionen procedimientos que sean conformes con el debido proceso. La excepción obligatoria del sistema judicial ha sido controversial y difícil de aplicar. En *Soc’y of Lloyds v. Ashenden*, el Juez Posner, un reconocido jurista conservador, escribiendo para el Circuito Séptimo, rechazó la excepción sistémica judicial en el caso de una sentencia de Inglaterra, encontrando que “(l)os estatutos

solamente requieren que el sistema extranjero 'sea compatible con los requerimientos del proceso de la ley' y nosotros hemos interpretado que esto significa que el proceso extranjero es fundamentalmente justo o que no ofenda la justicia.". Sin embargo, en *Bank Meli Iran v. Pahlavi*, la Corte del Noveno Circuito aplicó un criterio de la falla sistémica judicial en un caso que se relacionaba las circunstancias particulares de la demandante, la destituida hermana de Sah de Iran. En la búsqueda de una falla sistémica la corte basó su análisis principalmente en una publicación del gobierno de los Estados Unidos sobre Iran, conocido como "Los informes anuales sobre las prácticas en materia de derechos humanos del departamento del estado de los Estados Unidos". En *Bridgeway v. Citibank* , la Corte del Segundo Circuito encontró un sistema judicial de Libia inadecuado basado en estos informes de Departamento de los Estados Unidos y en una declaración bajo juramento de un perito quien era un abogado defensor Liberiano. Recientemente, en el caso de *Chevron Ecuador*, la Corte del Segundo Circuito, anuló a la sentencia de la Corte del Distrito Sur de Nueva York, (Kaplan, J.). El juez Kaplan había encontrado que "el sistema judicial ecuatoriano . . . no actúa de manera imparcial, con integridad y firmeza en la aplicación de la ley y la administración de justicia". La Corte del Segundo Circuito describió los argumentos de Chevron que el juez Kaplan había aceptado. Chevron sostiene que el sistema judicial ecuatoriano es manejado por intereses políticos, lo que lo incapacita para dar una sentencia que los tribunales de Nueva York pudieran reconocer. Chevron se basa casi exclusivamente en la declaración del Dr. Vladimiro Álvarez Grau, un abogado, académico, político, y editorialista de Quito, y, según la República del Ecuador, también es un reconocido adversario político del actual Presidente del país, Rafael Correa. En esa declaración, el Dr. Álvarez asegura que el sistema judicial de Ecuador, nunca ha sido fuerte, y que ha sido considerablemente debilitado por las políticas de la administración de Correa. Donziger, 768 F.Supp.2d 581 (S.D.N.Y. 2009), 617-619. Mientras que la corte de distrito se refiere a los comentarios de Donziger [abogado de los demandantes los Ecuatorianos] despectivos sobre la independencia y corrupción del poder judicial ecuatoriano como si fuera una especie de testimonio concordante, Consulte Donziger, 768 F.Supp.2d at 620 La prueba más importante que el sistema judicial ecuatoriano se ha vuelto incapaz de producir una sentencia que las cortes de Nueva York puede reconocer desde la elección del Presidente Correa según el informe de Álvarez, y opiniones de otros expertos citados. Consulte Id. at 616-20. La corte del Segundo Circuito encontró el diagnóstico del sistema judicial de Ecuador del juez Kaplan irrelevante. Esta corte anuló la sentencia del juez Kaplan quien otorgó a Chevron un amparo en contra de cualquier intento de los demandantes de tener reconocida o ejecutada cualquier sentencia en contra de Ecuador fuera de este país. Más bien, la Corte del Segundo Circuito falló en el sentido que en

virtud de la Lursep de 1962 sólo puede aceptar las excepciones de la Lursep de 1962 cuando los demandantes solicitan el reconocimiento de una sentencia extranjera en las cortes de Nuevo York que todavía no había ocurrido. El tribunal del Noveno Circuito en Pahlavi y el Tribunal de Segundo Circuito en Bridgeway encontraron un inadecuado sistema basado en reportes y declaraciones de expertos del Departamento de Derechos Humanos de los Estados Unidos. En Ashenden, el tribunal del Segundo Circuito determinó que esta prueba era la que llevaba a esas decisiones.

Estrictamente hablando, no es cuestión de derecho de uno ni de otro, pero la pregunta aquí, es sobre los derechos de un extranjero en un país extranjero, y respondiendo a esta pregunta, el tribunal no está limitado a la consideración de la evidencia que podría ser permitida bajo las normas federales de evidencia; cualquier material relevante puede ser pertinente puede ser consultado. Mientras que las cortes pueden basarse en los reportes del Departamento de los Derechos Humanos del Estado, ciertamente están abiertos a ser impugnadas. Por ejemplo, su principal objetivo es atender las violaciones de los derechos humanos y no la resolución de controversias comerciales. Las consideraciones de política exterior pueden afectar el tono de los informes.

Jurisdicción Personal

En los Estados Unidos, un tribunal sólo puede ejercer jurisdicción sobre un acusado si los requisitos del debido proceso y los locales cumplen con los requisitos legales. Cuando el demandante afirma "jurisdicción específica" la causa de la acción debe surgir o estar en relación con la no-residente con el estado del foro. Si la jurisdicción es "general" debe estar basada en el no residente permanente y sistemático de contactos.

Seis excepciones discrecionales

La Lursep de 1962 y de 2005 compartió ocho excepciones discrecionales para no-reconocimiento. Estos son:

- (1) el demandado haya recibido notificaciones conforme a derecho;
- (2) la corte de origen haya llevado a cabo un juicio imparcial ausente de fraude (“ la sentencia fue obtenida mediante fraude que priva a la parte demandada de exponer su caso adecuadamente”);

- (3) la sentencia emitida en el país de origen contravenga disposiciones de orden publica de los Estados Unidos o del Estado en el que se intenta el reconocimiento y ejecución;
- (4) res judicata la sentencia extranjera contravenga otra sentencia que pueda ser ejecutable;
- (5) “el procedimiento adoptado por los tribunales de origen no haya sido el procedimiento establecido de común acuerdo por las partes.
- (6) “foro sumamente inconveniente” (en el caso de jurisdicción personal la corte extranjera estuviera ubicado en un país sumamente inconveniente para la parte demandada;

La Lursep de 2005 proporciona dos excepciones más para el rechazo discrecional de los actos que emite la corte de origen:

- (7) la sentencia extranjera fue dada en circunstancias que crean dudas substanciales acerca de la integridad de la respectiva corte”;
- (8) el procedimiento específico de la corte extranjera que dio lugar a la sentencia no era compatible con los requerimientos de debido proceso.”)

El Fraude

El fraude ha sido reconocido como un gran motivo para el no reconocimiento de una sentencia extranjera. Antes de la promulgación de la Lursep de 1962, la Suprema Corte de los Estados Unidos en el *Hilton v. Guyot* reconoció el fraude como fundamento para el no reconocimiento. La Corte falló en el sentido de que una corte de los Estados Unidos no tiene obligación alguna de reconocer una sentencia extranjera que se haya visto afectado por fraude o perjuicio al demandado. Según el Tercer Planeamiento Nuevo de la Ley de Relaciones Exteriores, (Third Restatement of Foreign Relations law):

“La defensa de fraude en materia de haber obtenido una sentencia dictada en el extranjero como base para denegar el reconocimiento de un juicio tradicional estaba limitado en los Estados Unidos para fraudes extrínsecos, por ejemplo, las acciones fraudulentas por la parte que se imponga que priva a la parte vencida de la oportunidad de presentar su caso a la corte.”

Por lo regular la ley aplicable para la definición de fraude será el estado requerido o sea del reconocimiento pretende. Ya sea bajo La Lursep de 1962 o de 2005, o derecho común *Hilton v.*

Guyot, para demostrar perjuicio, el acusado deberá demostrar que el fraude le impidió presentar su caso.

La política pública

En el caso de Naoko Ohno vs. Yuko Yasuma , la Corte del Noveno Circuito aprobó el reconocimiento de una corte federal de una sentencia japonesa para 1.2 millones de dólares. La corte japonesa había sentenciado en el sentido de ordenar, en virtud de un estatuto japonesa, que una iglesia cristiana japonesa pagara a una de sus feligresas este monto de dinero. La corte japonesa había encontrado que representantes de la iglesia demandada aprovechó de la vulnerabilidad psicológica de Ohno, la demandante, en el sentido de “suscitar ansiedad y terror” en ella si ella no hubiera dado “donaciones” a la iglesia hasta qué grado que sus “donaciones” no fueran producto de su “propia voluntad libre”.

A pesar que la sentencia tocara un tema constitucional de los Estados Unidos extremadamente delicada, la cuestión de libertad del culto, el análisis del Noveno Circuito es en el sentido que la corte del distrito estaba reconociendo una sentencia extranjera y no un acto público de un gobierno de los Estados Unidos o un estado. El dictamen de la corte nos da una interpretación de la Lursep de 2005 de una política abierta y liberal por parte de las cortes estadounidense del reconocimiento de una sentencia extranjera.

Según la Lursep de 2005 la política pública de un estado sea violado solamente si el reconocimiento o ejecución de la sentencia extranjera causaría danos a la salud pública o las morales públicas, o la confianza pública en la administración de ley, o perjudicaría el sentido de seguridad para los derechos individuales de libertad personal o de propiedad privada que cualquier ciudadano deben tener. La corte hizo hincapié que el rechazo de reconocimiento debido el criterio de una política pública seria solamente para los casos extremos de desviaciones de nuestros conceptos de “justicia civilizada”.

RESEÑAS

SILVA, Jorge Alberto (coordinador), Estudios sobre Lex Mercatoria. Una realidad internacional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2013, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 139, segunda edición, XIV y 340 pp.

Tres son las razones por las cuales me da muchísimo gusto tener al fin entre mis manos y poder leer con sumo interés la segunda edición del libro sobre Lex Mercatoria coordinado por el profesor Jorge Alberto Silva. Una de ellas es netamente académica, mientras que las otras dos son afectivas. Esfuerzos colectivos de este tipo siempre son bienvenidos y merecen ser saludados, especialmente si se considera que no abundan en América Latina en general ni en México en particular textos en español que den cuenta de estudios académicos profundos acerca de un tema tan crucial para el comercio internacional como la Lex Mercatoria. El interés que la misma despierta en nuestro medio queda puesto de relieve por el solo hecho de que, seis años después de la primera edición, haya quedado compilado el material para esta segunda edición, que además incorpora nuevas contribuciones, enriqueciendo así el contenido de la obra.

En el plano afectivo, celebro encontrar entre los autores de esta obra a varios viejos amigos y colegas, así como a otros que en años recientes he tenido oportunidad de conocer y apreciar gracias al interés compartido por el Derecho Internacional Privado (DIPr). Asimismo, es muy emocionante recibir este libro que comienza con una contribución de mi querido padre, Jorge R. Albornoz –quien falleciera recientemente, hace poco más de un año–, junto con su discípula –y buena amiga de mi familia–, Paula María All. Vayan estas breves líneas como un cariñoso homenaje a su memoria.

En el estudio que abre la obra, los profesores argentinos Jorge R. Albornoz y Paula María All reflexionan acerca de la Lex Mercatoria, el *Soft Law* y el DIPr, conceptualizando los dos primeros y desmenuzando las relaciones que existen entre los tres. Desde una concepción pluralista del DIPr, la Lex Mercatoria y el *Soft Law* tienen amplia cabida en esta disciplina que persigue la realización de soluciones justas en los casos multinacionales de derecho privado y gozan de “la misma fuerza que el vehículo que las transporta: la autonomía de la voluntad de los contratantes”. El problema será, entonces, la valoración de los límites y controles a ejercer sobre su utilización.

Si bien varias de las contribuciones tienen –por obvios motivos– de una u otra manera un tinte latinoamericano, señalaremos tres de ellas en las cuales, desde el título mismo, se advierte la intención de subrayar la perspectiva regional. El texto del profesor español José Carlos Fernández Rozas aborda la *lex mercatoria* en América Latina, considerándola como “un nuevo mundo jurídico”. Alude a la nueva lógica comercial que implicó la apertura de la región al comercio internacional y a la inversión extranjera y muestra cómo ha ido teniendo lugar aquí la recepción convencional y –aunque en menor medida– jurisprudencial de la *Lex Mercatoria*. En la contribución del profesor panameño Gilberto Boutin I., se aprecia un análisis de las dimensiones doctrinaria, convencional y judicial de lo que él denomina “Nuevo Orden Mercático” en la América Latina actual. Incluye comentarios sobre la *Lex Mercatoria* en la Convención de México de 1994, así como en el art. 5º Código de Comercio de la República de Panamá y en un fallo de su más alto tribunal que lo aplica. El ejercicio llevado a cabo por Leonel Pereznieta Castro para ofrecer ciertas consideraciones en torno a la *Lex Mercatoria* en el caso de México, su país, consiste en rescatar viejos argumentos y presentarlos de modo diferente, a fin de contribuir a la discusión. Se destacan en su exposición las consideraciones prácticas sobre la *Lex Mercatoria* aplicable al fondo de una controversia sometida a arbitraje y acerca de la nueva actitud de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con respecto al arbitraje y a la *Lex Mercatoria*.

La evolución histórica de la *lex mercatoria* es abordada con precisión por el investigador mexicano Óscar Cruz Barney, quien pone el acento en el surgimiento de la organización y jurisdicción consular en el mundo hispánico en general y en México en particular. También la contribución del argentino Cristián Giménez Corte lleva a cabo una mirada retrospectiva del tema. Se detiene en ciertos aspectos de la evolución del *Ius Commune*, el *Ius Mercatorum* y el derecho estatal y procura establecer posibles proyecciones hacia el futuro. Asimismo, resultan muy interesantes las reflexiones de la investigadora venezolana Zhandra Marín acerca del trabajo de Stephen E. Sachs en el que se niega la existencia de la *lex mercatoria* medieval como un derecho mercatorio autónomo. Marín invita a los gobiernos actuales y a las asociaciones de comerciantes a conciliar sus intereses y llevar a cabo proyectos en conjunto, en los que “no se niegue la existencia de la nueva *Lex Mercatoria* ni se elimine al Estado como proveedor de justicia y supervisor de la misma”.

Otro grupo de contribuciones que forma parte de esta obra colectiva emprende el estudio del tema desde una perspectiva más filosófica o de teoría del derecho, según el caso. El profesor italiano Francesco Galgano aborda los caracteres de la juridicidad en la era de la globalización. Reconoce el

perfil despótico, no democrático, de la nueva Lex Mercatoria –en tanto es creada unilateralmente por la clase empresarial–; pero lo considera matizado por la labor de “tecnodemocracia” de UNIDROIT, que la filtra culturalmente en busca de un equilibrio entre los intereses empresariales y los de la parte más débil. Vittorio Olgiati, también italiano, efectúa un análisis del nuevo pluralismo y la nueva Lex Mercatoria en la dinámica constitucional europea. Estima que la “lucha por el derecho” a la que se asiste en la actualidad es una “lucha por la investidura” “conducida a nivel mundial por las grandes corporaciones económicas para la conquista de la hegemonía política (...)”. Asimismo, el profesor mexicano radicado en Italia Adrián Rentería Díaz presenta unas breves notas de teoría general del derecho sobre la nueva Lex Mercatoria y la globalización. Considera que hay una identificación entre estos dos conceptos que se hallan estrechamente vinculados con el neoliberalismo y adopta ante ellos una postura crítica según la cual la actuación del Estado nacional es necesaria para contrarrestar los resultados de la desregulación jurídica.

La obra cierra con un claro y nutrido estudio de su coordinador, Jorge Alberto Silva, acerca del resurgimiento de la Lex Mercatoria como regulación de las relaciones comerciales internacionales. Trata diversos aspectos de la temática y, en cuanto al debate sobre la autonomía o dependencia de la Lex Mercatoria con respecto al derecho estatal, entiende que “no cabe admitir hasta ahora (al menos en las mentes de los tribunales estatales) la existencia de un ordenamiento jurídico desligado del Estado”.

Este libro tiene el mérito de ofrecer al público hispanohablante un conjunto de estudios acerca de la Lex Mercatoria en un esfuerzo académico que, coordinado desde México, reúne trabajos de autores de países europeos –Italia, España– y americanos –Argentina, Panamá, Venezuela y, por supuesto, México–. Enhorabuena al profesor Silva y a todos los autores.

María Mercedes Albornoz

Wöss, H, San Román R,A,Spiller T,P y Delleíane,S., Damages in International Arbitration Under Complex Long-Term Contracts. Ed. Oxford University Press, Oxford. 2014. 357 págs.

La obra que nos ofrecen los autores puede identificarse dentro de la corriente del análisis económico del derecho. En este caso los autores utilizan las herramientas de la microeconomía y finanzas al análisis del derecho contractual y de la propiedad privada. El tema de los daños y su reparación ha sido un tema marginal en el derecho mexicano, dadas las disposiciones tan antiguas que tienen nuestros códigos, la gran dificultad que tiene la prueba de daños ante los tribunales mexicanos y la poca doctrina e información con la que se cuenta, por lo que la presente obra venga a cubrir un hueco muy grande en este ámbito del conocimiento jurídico.

Los autores discuten en su obra una serie de principios legales y económicos, asociados a la reclamación de daños producto de incumplimientos contractuales, que contribuyen a subsanar dichos incumplimientos mediante una eficiencia económica; es decir, otorgar los incentivos apropiados para la inversión y evitar conductas negativas en el cumplimiento de los contratos. En general los principios legales y económicos que son identificados por los autores y que resultan aplicables para determinar los daños derivados del incumplimiento de los contratos, son compatibles entre sí. De ahí, que sí se aplican correctamente pueden llegar a constituirse en instrumentos idóneos con objeto de evitar la sub-compensación o la sobre compensación de los daños. Los ejemplos que los autores presentan en la obra, son casos que han sido resueltos por tribunales de arbitraje. De esta manera los comentarios que se hacen en varios de los capítulos dan cuenta de los casos en los cuales se han respetado dichos principios y en qué caso, no. Lo cual permite ubicar con precisión los efectos de los principios aplicados.

En el Capítulo Segundo, los autores se refieren a los principios normativos asociados a la reclamación del daño y se resumen como sigue:

- a). Que exista un grado razonable de certidumbre sobre la pérdida y ésta pueda cuantificarse.
- b). Que exista un vínculo de causalidad entre la violación contractual y el daño
- c). Que exista la posibilidad de medir los daños

En el Capítulo Tercero, los autores definen las principales características de los contratos de largo plazo, sobre todo, los relacionados con la construcción de infraestructura en los cuales participa conjuntamente la iniciativa privada y el Estado. Lo importante de esta caracterización es que ayuda al lector a conocer este tipo de contratos y sirven para indicar la causa de los conflictos que surgen en el cumplimiento de dichos contratos. Estas disputas pueden darse en la fase de construcción de los proyectos dónde el desarrollo de los mismos puede durar varios años. También surgen en los indicadores de calidad de los proyectos que tardan varios años en manifestarse, etc. Se presenta en esta sección de la obra un muy buen resumen de los principales riesgos asociados a estos proyectos, por lo que para los abogados y constructores vinculados con este tipo de contratos, la lectura de esta obra, resulta obligada. Los autores hacen referencia a casos específicos de arbitraje, sin embargo no hay un marco teórico que permita saber porque eligieron precisamente dichos casos y no otros.

En el Capítulo Cuatro de la obra que se reseña, los autores nos presentan un interesante análisis de Derecho Comparado en el que el conjunto de principios legales, descritos en capítulos previos, se relacionan con los daños que se prescriben en diversas jurisdicciones (UK, USA, Francia, Alemania, México) y además, con principios de Derecho Internacional (CISG, UNIDROIT). Quizá hubiera sido útil que, al final del capítulo, los autores presentaran como complemento del texto una tabla comparativa para que el lector pudiera identificar de manera fácil las equivalencias y diferencias entre la regulación de los daños en los diversos países.

En el Capítulo Quinto, se presentan una serie de factores que pueden tomarse en cuenta cuando se ha decidido elaborar una demanda de daños y con ese objetivo se muestran una serie de recomendaciones para los abogados sobre la forma de elaborar dicha demanda para la reclamación de daños y la definición de las pruebas que deben ser presentadas. Estas recomendaciones las fundamentan los autores en los principios legales expuestos del Capítulo Segundo de la obra. Aún y cuando los autores presentan una mayor cantidad de recomendaciones, sólo haremos mención de las que pueden considerarse más importantes:

- a) La utilización del *But-for Premise* como marco analítico permite contar con una herramienta que ofrece la posibilidad de comparación en el caso de cómo se hubieran desarrollado los eventos si no hubiera habido violación contractual en relación a la vida natural del contrato. Este marco analítico es la pieza fundamental de una metodología confiable en la estimación de los daños.

b) No obstante cuando el demandante haya probado de forma fehaciente una violación contractual, se deben tomar en consideración cláusulas de excepción y justificación que pueden neutralizar la violación. Los autores presentan ejemplos de casos sobre el tema para una mejor ilustración.

c) La importancia de contar con el experto y su metodología de cuantificación de los daños. Los autores reconocen la importancia de que los datos suministrados sean confiables con objeto de definir con precisión los daños y a fin de que éstos sean exclusivamente por la violación contractual y no por otras fuerzas económicas o de otra especie.

d) La importancia de que los daños identificados tengan una clara relación de causalidad con la violación contractual.

e) Evitar la doble contabilidad de daños. En la medida que la relación comercial ha concluido no se puede reclamar el daño dos veces. Así por ejemplo, si se reclama la pérdida de utilidades a partir de determinada fecha, no se debe reclamar al mismo tiempo, la inversión inicial.

f) La dificultad que existe en contratos de largo plazo de infraestructura de mitigar los daños, ya que generalmente el que reclama daños no tiene otras opciones alternativas.

En el Capítulo Seis, los autores explican que los litigios de reclamación de daños en ocasiones pueden ser producto no de fenómenos externos a los contratos de largo plazo, sino de elementos endógenos al contrato. En este rubro se pueden encontrar las conductas oportunistas de los gobiernos ante la inversión en costos hundidos, como por ejemplo, el caso de las plantas de generación eléctrica.

Para evitar el oportunismo gubernamental los autores recomiendan la utilización e instrumentación del principio *But for the Premise* comentado anteriormente y utilizado en los arbitrajes internacionales. Los autores analizan las implicaciones de este principio para el caso de los contratos de largo plazo. En este mismo capítulo se presentan una multiplicidad de circunstancias que suelen suceder y que, ante los tribunales arbitrales son difíciles de valorar para la estimación de los daños. Dentro de la multiplicidad de circunstancias tenemos por ejemplo:

a). separar los efectos de la violación contractual de otras fuerzas económicas que pudieran haber afectado el negocio.

b). de cómo evitar la doble contabilizar los daños.

- c). la importancia de usar el costo de capital como la tasa de interés para estimar el daño cuando hay divergencias entre las fechas de la violación contractual y la del laudo.
- d). la importancia de utilizar el principio económico de que a pesar de que las inversiones no estén generando utilidades y ocurre un rompimiento contractual, sí debe existir una compensación ya que hay activos valiosos y oportunidades que quedaron frustradas.

Dentro de este capítulo los autores describen los tres principales métodos de valuación de daños, ampliamente conocidos en la literatura sobre la materia, aportando las ventajas y desventajas de los mismos.

Finalmente, en el Capítulo Siete se presentan temas muchos más específicos para la valuación de daños, tales como las fluctuaciones cambiarias. Se trata de una obra de consulta muy útil para los abogados y expertos en economía, que son los que suelen actuar como peritos. El mérito de los autores consiste en que se trata un trabajo multidisciplinario entre Economía y Derecho. De esta manera, los primeros, tienen la oportunidad de conocer los principios legales y los razonamientos de los tribunales de arbitraje. En cambio los segundos, los abogados, pueden conocer las diferentes metodologías que existen para medir los daños y la importancia de incorporar a los expertos a la brevedad posible ya que existe una gran cantidad de información que hay que valorar. Los casos ilustrados por los autores con complicaciones muy específicas, seguramente ayudarán a los practicantes ante situaciones similares. La única desventaja de la obra es la secuencia de los temas tratados en cada uno de los capítulos. No se aprecia un orden claro y en ocasiones los temas son repetitivos. Hubiera sido útil que en el proceso de edición de la obra se coordinara el tratamiento de los temas por los autores, con objeto de evitar una repetición innecesaria de los mismos.

En conclusión, se trata de una obra importante de consulta que no debe faltar en las bibliotecas de abogados y economistas que se dedican o están relacionados con casos arbitrales de infraestructura. Expreso mis mejores deseos para que la obra se difunda y llene ese vacío que existe en la literatura jurídica del país sobre el tema y me atrevería a decir, en Latinoamérica, al menos por lo que toca a las nuevas metodologías de análisis que se presentan.

Leonel Pereznieta Castro

ACADEMIA MEXICANA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y COMPARADO

2014