



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

EL PRINCIPIO "JURA NOVIT CURIA"
APLICADO AL DERECHO EXTRANJERO

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
ARTURO GARCIA MARTINEZ



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

DEDICATORIAS

A mis padres:

Miguel García Palacios y
Angela M. de García.

Con infinita gratitud porque
les debo todo en la vida.

A mis hermanos:

Miguel y José Gpe.

Con aprecio fraternal.

A mi esposa e hijos

Gloria, Arturo, Fernando
y Alfonso.

Con entrañable ternura.

Al Sr. Lic. Alfredo Pérez Espinosa

**Hombre de valor indeclinable a
pesar de la adversidad, me ha
guiado en la práctica de esta
profesión.**

Al Sr. Dr.

**Manuel Hernández y Hernández
Paisano de gran nobleza y
ejemplo de altruista a sus
coterráneos.**

Al Sr. Lic.

Manuel Rosales Silva.

Estimado compañero y amigo.

Al Sr. Dr.

Ildefonso Ibáñez Zárate.

Como testimonio de un
agradecimiento espiritual.

Respetuosamente al Sr. Lic.
Víctor C. García Moreno.

A mi Honorable Jurado.

CAPITULO PRIMERO
LOS CONFLICTOS DE LEYES

- I.- CONSIDERACIONES PRELIMINARES.
- II.- OBJETO DEL DERECHO NACIONAL.
- III.- EL DERECHO EXTRANJERO COMO OBJETO DE ESTUDIO.
- IV.- PROBLEMAS DE CALIFICACION.

CAPITULO SEGUNDO
EVOLUCION DE LOS CONFLICTOS DE LEYES

- I.- INTRODUCCION.
- II.- DOCTRINAS ESTATUTARIAS.
 - A.- ESCUELA ITALIANA
 - 1.- Los Glosadores
 - 2.- Los Postglosadores
 - B.- LA ESCUELA FRANCESA DEL SIGLO XVI
 - C.- LA ESCUELA HOLANDESA DEL SIGLO XVII
 - D.- LA DOCTRINA FRANCESA DEL SIGLO XVIII.
- III.- DOCTRINAS DEL SIGLO XIX
 - A.- DOCTRINA ANGLOAMERICANA
 - B.- DOCTRINA DE SAVIGNY
 - C.- DOCTRINA DE MANCINI.

CAPITULO TERCERO
LIMITACIONES A LA APLICACION DE LAS LEYES
EXTRANJERAS.

- I.- EL FRAUDE A LA LEY
- II.- EL REENVIO
- III.- LA CALIFICACION
- IV.- EL INTERES NACIONAL
- V.- ORDEN PUBLICO
 - A.- CONCEPTO Y NATURALEZA DEL ORDEN PUBLICO.
 - B.- DOCTRINA DE SAVIGNY.
 - C.- DOCTRINA DE PILLET.

CAPITULO CUARTO

DOCTRINAS SOBRE LA APLICACION DEL DERECHO EXTRANJERO Y EL PRINCIPIO "JURA NOVIT CURIA" EN LA LEGISLACION MEXICANA.

- I.- INTRODUCCION.
- II.- TEORIA SOBRE DERECHOS ADQUIRIDOS.
- III.- BREVE EXPOSICION DE TEORIAS SOBRE LA APLICACION DEL DERECHO EXTRANJERO.
 - A.- Teoría del Derecho Extranjero.
 - B.- Teoría de la Incorporación.
 - C.- Teoría de la Materialización.
- IV.- NATURALEZA DE LA APLICACION DEL DERECHO EXTRANJERO.
- V.- EL PRINCIPIO "JURA NOVIT CURIA" EN LA LEGISLACION MEXICANA.
 - A.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.
 - B.- PROYECTO DE CODIGO CIVIL DE 1928 Y SU EXPOSICION DE MOTIVOS.
 - C.- EL PRINCIPIO "JURA NOVIT CURIA" EN LA LEGISLACION ADJETIVA.

C O N C L U S I O N E S

B I B L I O G R A F I A.

CAPITULO PRIMERO

LOS CONFLICTOS DE LEYES

- I.- CONSIDERACIONES PRELIMINARES.
- II.- OBJETO DEL DERECHO NACIONAL.
- III.- EL DERECHO EXTRANJERO COMO OBJETO DE ESTUDIO.
- IV.- PROBLEMAS DE CALIFICACION.

CAPITULO PRIMERO LOS CONFLICTOS DE LEYES

I.- CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Antes de entrar al desarrollo del tema que hemos escogido, de manera muy general, haremos una exposición de su ubicación y contenido para, después, hacerlo en forma específica.

Las primeras leyes de origen romanista dictadas durante la Colonia, en su mayor parte, subsistieron como reglamentarias en el ámbito federal, aún al independizarse México, adoptando un sistema que bien podríamos llamar ecléctico, y posteriormente con instituciones de sello propio.

La República mexicana copió de los Estados Unidos de Norteamérica su forma de organización de república representativa popular federal, así se lee parcialmente el Acta Constitutiva de la Federación de 31 de enero de 1824, postura que ratifica el artículo cuarto de la Primera Constitución Federal de 4 de octubre del año citado, para los Estados Unidos Mexicanos.

Aún cuando el tema a tratar se encuentra ubicado dentro del amplio capítulo de conflicto de leyes, constantemente acudiremos a conceptos de nacionalidad y condición de extranjeros.

Maury, ilustra nuestra afirmación en las siguientes hipótesis: "Supongamos un belga, Primus, casado en Bélgica con una belga Prima. Los esposos se establecen en Francia. Algunos años

después, ante un Tribunal francés, Primus demanda a su mujer el divorcio.

En primer lugar, la hipótesis misma supone resuelto el problema de la nacionalidad. Conocida ésta, si el interesado no es francés, debe saberse si en Francia se reconocen a los extranjeros derechos, en particular derechos privados. --La respuesta es afirmativa--; pueden a pesar de ser belgas, comparecer en juicio ante los tribunales franceses. Surgen entonces dos nuevas series de problemas: 1o. ¿Cuál es la legislación, cuál es la ley aplicable al litigio, cuál, en particular, la ley que precisará las causas posibles de divorcio, la ley francesa, --que es la ley del tribunal que va a fallar-- o la ley belga-- que es la ley nacional de los esposos? 2o. ¿El juicio de divorcio de dos belgas domiciliados en Francia es de la jurisdicción de la justicia francesa?; ¿debe, puede ser juzgado por un tribunal francés?

Pueden surgir otros problemas si cambiamos la hipótesis en estos términos: Primus y Prima eran italianos al contraer matrimonio; posteriormente ambos adquieren la nacionalidad belga por naturalización, o sólo Primus, conservando Prima su nacionalidad italiana. Si admitimos la solución francesa, que es la solución común, la ley aplicable a la cuestión del divorcio es la ley personal, la ley nacional de los esposos, y por tanto, en el caso anterior, la ley belga, debemos determinar cuál es la ley personal aplicable: la ley contemporánea del matrimonio, en cuyo caso es aplicable el Código italiano, e imposible el divorcio; la ley actual de los dos esposos o, en caso de diferencia de nacionalidad, la ley actual del marido, en nuestro ejemplo, el

derecho belga que admite el divorcio, el derecho italiano si sólo Primus se ha naturalizado belga, o el derecho belga si ambos cónyuges han adquirido esta nacionalidad por naturalización (1).

Es natural en la Comunidad jurídica internacional, una variedad de instituciones, costumbres, leyes, etc. Desde los tiempos más remotos cuyo recuerdo se conserva por la historia, ha habido (por lo menos, hasta donde podemos investigar) muy poca uniformidad en las leyes, usos, política e instituciones, tanto entre las naciones limítrofes, como entre las que estaban lejanas. Los egipcios, los medos, los persas, los griegos y los romanos diferían tanto en caracteres y ocupaciones, como en sus instituciones y leyes.

Verdad es, que las naciones de la antigüedad, no reconocían la existencia de ningunos derechos y obligaciones, generales o universales, semejantes a los que constituyen entre los modernos, lo que enfáticamente se llama ahora derecho de gentes.

En muchas de aquellas naciones sobre las - que extendieron su dominación los romanos, queda ron sus habitantes en posesión de sus instituciones locales, usos y leyes, en una parte muy considerable, y tanto las comunicaciones comercia--les, como las políticas, deben haber acarreado -

(1) MAURY, Jacques. Derecho internacional privado. Puebla, Pue., México, Traducción del -- francés por José M. Cajica Jr. Editorial José M. Cajica Jr., 1949. Págs. 12 y 13.

mucha diversidad en las leyes y usos, sometidos a juicio ante los tribunales.

"Cuando las naciones del Norte, por medio de sus irrupciones lograron definitivamente establecerse en lo que fue Imperio romano, así como en las naciones de él dependientes, sujetas a su dominación, parece que adoptaron, sea intencionalmente, sea por necesidad o accidente, la política de permitir a las diferentes razas, que viviesen reunidas y conservasen sus propios usos, leyes o instituciones, y por ellos se gobernarán en sus relaciones mútuas. Mientras que los conquistadores Godos, Borgoñones, Francos y Lombardos, se regían entre sí por sus leyes y costumbres, tácita o expresamente permitían las de todas las naciones sobre las que habían conseguido ejercer una soberanía absoluta para que conforme a ellas regularan sus derechos y negocios privados, de acuerdo con su jurisprudencia municipal. De conformidad con lo dicho, un eminente y docto jurista (Savigny) ha observado que de ese estado social naciera la condición de los derechos civiles, que fueron denominados derechos o leyes personales, en contraposición a las leyes territoriales." (2)

A la caída del Imperio romano, el mundo cristiano quedó dividido en muchas entidades soberanas e independientes, estableciéndose el sistema feudal, y con este, la territorialidad absoluta de las leyes sobre las personas. "El hom-

(2) STORY, José. Comentarios sobre el conflicto entre las leyes extranjeras y patrias. Traducción del inglés por Hilario S. Gabilondo México, 1880. Págs. 2 a 4.

bre está ligado a la tierra, ha nacido en la roca sobre que se eleva su torre. Ninguna tierra sin señor, ningún señor sin tierra. Está clasificado --calificado por su tierra-- sigue su categoría y lleva su nombre. La posee, pero al mismo tiempo es poseído por ella: los usos de la tierra dominan al altivo barón de entonces. El sistema feudal es como la religión de la tierra. Es la época oscura de los siervos de la gleba, en que la tierra era todo y el hombre -- nada o casi nada, simple accesorio del suelo en que vivía, cada señor tiene una ley, una costumbre que rige a todos los habitantes de su dominio, y esta ley, cualquiera que fuese la manera como se formaba, se detenía en los límites de su soberanía. El hombre que abandonaba el territorio al cual está ligado por los lazos de la jerarquía social, en el acto es considerado como extraño a las leyes de su territorio. Penetra el dominio de otra señoría, y al punto es sometido a las leyes que la rigen." (3)

El principio de la territorialidad de las leyes, sustentando durante el feudalismo, se expuso durante el siglo pasado con ciertas variantes, de la manera siguiente: "Es evidente que las leyes de un país no tienen fuerza propia -- (propio vigore) si no es dentro de sus límites territoriales y su jurisdicción. Pueden obligar solamente a los súbditos de ese país, y a los demás que estén dentro de sus límites jurisdiccio-

(3) YEPES, J. M. La Codificación del derecho internacional americano y la Conferencia de de Río de Janeiro. Bogotá, Colombia. Imprenta Nacional, 1927. Pág. 52.

nales, y a estos últimos únicamente durante su permanencia en él. Ninguna otra nación, ni súbdito ninguno suyo están obligados a prestar la más ligera obediencia a esas leyes. Cualquiera fuerza que se les quiera conceder, fuera de su territorio, no es por causa de algún poder original que a ello se compela en el exterior, sino que es, el resultado de ese respeto que fundado en motivo de utilidad pública, hace que otras naciones estén dispuestas a aceptarlas, y a que surtan sus efectos..., con la mira liberal y prudente de proteger la conveniencia común, y las necesidades y beneficio recíproco." (4)

No hemos olvidado que los conflictos de leyes, se estudian como un amplio capítulo de la disciplina Derecho internacional privado en nuestra Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México; decimos esto, por que en países anglosajones, constituye la materia misma. Por tradición Francia, Italia, España, México, etc., lo incluyen como el más amplio de los apartados en el curso de derecho internacional privado.

Conviene aclarar al margen, que existe discrepancia entre los estudiosos de nuestra materia, tanto en la denominación Derecho internacional privado, como en Conflicto de leyes.

"Dice Calandrelli que muchas de las denominaciones de la materia se vinculan a la tradición romana estatutaria, a la autoridad de la

(4) STORY, José. Op. Cit. Págs. 10 y 11.

ley o al objeto de la ciencia o de su contenido; otras responden a criterios distintos.

En la tradición romana el nombre de JUS GENTIUM PRIVATUM --Propuesto por Phillimore-- convenía según Lainé, al derecho internacional público y lo mismo piensan casi todos los autores, porque si bien el jus gentium era privado y formaba parte del derecho interno puesto que regulaba las relaciones humanas, no contenía normas sobre la concurrencia legislativa, ateniéndose exclusivamente a la norma romana, obra del pretor peregrino. Cuando un ciudadano romano y un peregrino tenían alguna cuestión jurídica no se le podía aplicar a este último el jus civile, reservado a los romanos, pero tampoco le era aplicable su propio derecho sino que se creaba una fórmula para el caso, es decir, un derecho pretorial de la misma Roma. Como dice Sánchez de Bustamante y Sirvén, el jus gentium fue nacional por su origen y territorial por su extensión, antítesis del derecho internacional privado que tiende a evitar que las leyes de cada Estado se detengan en sus fronteras permitiendo en cambio, que ellas sean aplicadas por las autoridades de países extraños." (5)

El término jus gentium es utilizado por tratadistas clásicos de la materia, en dos especies: como jus gentium publicum y como aparece en la siguiente definición: "Llámase Derecho internacional privado (JUS GENTIUM PRIVATUM) el conjunto -

(5) LAZCANO, Carlos Alberto. Derecho internacional privado. La Plata, Argentina, Edit. Platense, 1965. Pág. 21.

de reglas según las cuales se juzgan los conflictos entre el derecho privado de las diversas naciones." (6) Esta definición es criticada por el tratadista Carlos Alberto Lazcano, al decir de la misma, que encierra una redundancia, pues el *jus gentium* era privado. "La denominación *jus inter leges*, utilizada por Lainé, o sea el conjunto de relaciones entre dos o más leyes, no satisface ni a los internacionalistas ni a los privatistas porque no había en el derecho romano, del que deriva, ninguna posibilidad de elección en caso de concurrencia de leyes, dado que las únicas aplicables eran las de la misma Roma." (7)

Históricamente la denominación de derecho internacional privado aparece por primera vez, en los Comentarios a los Conflictos de Leyes, de Story, publicados en 1834, donde se lee la expresión *International law*. Veamos la traducción del párrafo 9, que en lo conducente reza: "...la jurisprudencia que nace del conflicto entre las leyes de naciones diferentes, en su propia aplicación al comercio y a las relaciones mutuas en nuestra época, es una de las partes más interesantes y de mayor importancia en el derecho público. Para ninguna parte del mundo es de tanto interés, tiene tanto importancia, como para los Estados Unidos, desde que la unión de un gobierno nacional, con los que ya llegan a veintiseis Estados distintos, y en algunos respectos Esta--

(6) FOELIX, Mr. Tratado de Derecho internacional privado o del Conflicto de las leyes de diferentes naciones. 3a.Ed.Madrid, Edición de los Directores de legislación y jurisprudencia, 1860. Tomo I, Pág. 1.

(7) LAZCANO, Carlos Alberto. Op.cit.Pág. 21.

independientes, crea necesariamente relaciones - particulares y derechos muy complicados entre -- los ciudadanos de aquellos Estados, que reclaman la constante administración de principios que se apartan de la esfera municipal. Esta parte del derecho público, puede por consiguiente, llamarse con propiedad derecho internacional privado, puesto que se ve y se palpa su aplicación principalmente a los negocios comunes de los particulares, y rara vez se eleva a la categoría de negociaciones o controversias nacionales." (8)

En cuanto al título Derecho internacional privado, como materia autónoma, pensamos que la paternidad corresponde a Foelix; claro está que dejamos a salvo la postura de los autores alemanes y anglosajones, que solamente estudian el - conflicto de leyes, como derecho internacional - privado, esto es, como sinónimos.

En cambio, en España, Francia, y la mayoría de los Estados Latinoamericanos, se estudia el conflicto de leyes, como parte integrante del derecho internacional privado, conjuntamente con nacionalidad y condición de extranjeros.

El derecho internacional privado podría recibir la denominación de "derecho interjurisdiccional", porque comprende los problemas referentes a la extraterritorialidad de las leyes de jurisdicciones diversas, pero ella no convence porque parece enfocar principalmente el derecho procesal.

(8) STORY, José. Op. Cit. Pág. 12.

Un tratadista europeo, Jitta, se formula la siguiente interrogante: "¿cuáles son los sujetos de una relación de derecho internacional - privado, las naciones o los individuos? Y la --correlativa-- respuesta no puede ser dudosa un solo instante. Las naciones son indudablemente, sujetos jurídicos, aún en el derecho privado; - pueden contratar y adquirir; una nación puede - vender a otra una vía férrea, o material para la misma. En tal caso, nace entre esas naciones - una relación de derecho privado, internacional - en el sentido literal de la palabra, pero que no es de ningún modo el tipo de las relaciones jurí- dicas que se presentan en nuestra ciencia." (9)

--Más adelante continúa con su exposi- - ción--: "A nuestro juicio, en las frases derecho internacional público y derecho internacional - privado, la palabra INTERNACIONAL no tiene el - mismo sentido." (10)

La doctrina de los dos párrafos anteriores, es asimilada por Quintín Alfonsín, para inclinar se por la denominación Derecho privado interna- cional, tal es el nombre de los tratados de Mon- tevideo de 1889 y 1949. Nosotros por tradición dejaremos el nombre que lleva actualmente.

(9) JITTA, J. Método de derecho internacional privado. Traducción por J.F.Prida.Madrid, s/f. Págs. 40 y 41.

(10)JITTA, J. Op. Cit. Pág. 42.

II.- OBJETO DEL DERECHO NACIONAL.

Debido a la influencia que ha tenido en sudamérica y en europa, vamos a tomar los razonamientos expuestos por el tratadista uruguayo Quintín Alfonsín, que con suma claridad así expone en su obra: "Cada sociedad nacional crea su derecho (civil, comercial, marítimo, etc.), para satisfacer sus propias necesidades.

En esta circunstancia, cada derecho privado es válido solamente en la sociedad que lo haya creado y para la cual fue hecho.

La vigencia de cada derecho privado está limitada, en suma, a la sociedad nacional correspondiente.

En la acepción amplia que aquí se usa, relación jurídica comprende toda situación de derecho, como: la capacidad de una persona, la propiedad de un bien, una obligación contractual, etc." (11)

Carrillo, admirador del anterior autor, al comentar el concepto de relación jurídica nacional, hace la aclaración al denominarla "fenómeno jurídico nacional.., por que el término relación sugiere una idea de bilateralidad, y en aspectos

(11) ALFONSIN, Quintín. Teoría del derecho privado internacional. Montevideo, 1955. Págs.11 y 12.

tales como la capacidad de las personas, la idea de bilateralidad no se presenta, y sin embargo - el derecho nacional se ocupa de ella." (12)

Hecha la anterior aclaración seguimos con el autor que así se expresa: "En el mundo actual las sociedades nacionales no están aisladas, sino que se interpenetran por obra del commercium internacional. Esta interpenetración ocurre:

1).- Cuando una persona se traslada de una a otra sociedad. Si una persona perteneciente a la sociedad A va a la sociedad B, suscita por este solo hecho muchos problemas jurídicos. P. e.: ¿por cuál derecho privado se regula su capacidad? Es probable que la sociedad B diga: "Se regula por el nuestro, porque la persona del caso, si bien es de ella, está aquí". Pero por su parte la sociedad A puede decir: "La capacidad de esta persona se regula por nuestro derecho privado, porque, si bien está allá, es de aquí." Entre ambas afirmaciones hay un choque, y si no es resuelto satisfactoriamente, la vida jurídica sufriría un tropiezo.

2).- Cuando un bien es trasladado de una a otra sociedad. P.e.: si un bien de la sociedad A es llevado a la sociedad B ¿Cuál derecho privado regula su prescripción?

(12) CARRILLO, Jorge Aurelio. Apuntes para la cátedra de derecho internacional privado. México, 1965. Pág. 3.

3).- Cuando una persona perteneciente a una sociedad se vincula jurídicamente con otra perteneciente a otra sociedad. P.e.: si dos personas pertenecientes, una a la sociedad A y otra a la B, contrajeron matrimonio, ¿cuál derecho privado regulará los efectos del matrimonio?

4).- Cuando una persona perteneciente a una sociedad se vincula jurídicamente con un bien perteneciente a otra sociedad. P.e.: si una persona de la sociedad A es propietaria de un bien de la sociedad B ¿cuál derecho privado establecerá el alcance del derecho de propiedad?"
(13)

El autor en consulta, denomina relación extranacional cuando intervienen dos o más elementos de diferente nacionalidad, de ahí que se exprese en los siguientes términos: "La existencia de relaciones jurídicas extranacionales es un hecho social evidente. Este hecho ha dado origen al derecho privado internacional.

Pues bien, si las relaciones extranacionales son jurídicas, algún derecho privado debe regularlas; pero ¿cuál? Este es el problema que debe resolver el derecho privado internacional.

Si una relación extranacional afecta, como lo hemos supuesto, a las sociedades nacionales A y B, pueden proponerse estas soluciones:

Primera:- La relación jurídica extranacional se regula a la vez por los derechos privados de A y B.

Segunda:- Se regula por el derecho privado de A o por el de B.

Tercera:- Se regula por un derecho privado que no es ni el de A ni el de B." (14)

Carrillo, sintetiza la exposición del autor antes citado, misma que nos servirá para culminar este trabajo y así reza: "Según la respuesta que se escoja de las tres anteriormente citadas, variará el concepto que se tenga de esta -rama del derecho.

Si se escoge la primera, el derecho privado internacional no existirá y sólo subsistirán los órdenes jurídicos nacionales.

A esta escuela se le ha llamado la escuela territorialista del derecho. Sus postulados fundamentales son dos:

- 1) Sólo es derecho el que emana del propio Estado.
- 2) En un Estado no hay más derecho que el propio.

De aquí el nombre de territorialista de -- esta escuela; ya que su efecto inmediato es la territorialización al igual que la estatificación del derecho.

Territorializa al derecho porque al declarar que en un Estado no hay más derecho que el propio, implícitamente se afirma que el derecho propio no es derecho fuera del Estado.

Estatifica al derecho porque supone que solo el Estado es capaz de crear derecho, ya que el derecho elaborado fuera del Estado no es derecho.

La escuela territorialista nos dice que A sólo es derecho del derecho de A, y en B sólo es el de B. Que en caso de darse una relación extranacional entre A y B, en A se regularía por el derecho de A y en B por el de B.

No obstante lo absurda que resulta esta posición, algunos Estados modernos ya en sus leyes, (Código civil para el Distrito y Territorios Federales, 1928, art. 12) ya en sus resoluciones judiciales, (Sobre el particular consúltese el estudio de Roberto Mac. Lean sobre los efectos de la extraterritorialidad de las sentencias. Boletín del Instituto de Derecho comparado, núm. 47, Mayo-Agosto de 1963, pp 325 a 351.) sigue sosteniendo esta postura, al ignorar completamente las normas de derecho privado internacional de carácter supranacional que la doctrina ha elaborado con tanto esmero.

La segunda de las respuestas que se dieron en párrafos precedentes es que la relación extranacional debe regularse por el derecho de A o por el de B.

Esta respuesta la ha dado lo que se conoce con el nombre de escuela clásica del Derecho internacional privado.

Actualmente, la escuela clásica es la que mayor arraigo tiene en los diversos sistemas jurídicos.

La tercera de las respuestas que venimos considerando, dice que la relación extranacional debe regirse por un derecho que no es ni el de A ni el de B. La relación extranacional tendrá, en esta forma, un derecho único y adecuado que la regule; tal y como lo tiene la relación nacional.

Esta respuesta la da una de las escuelas más avanzadas en nuestra materia, escuela que recibe el nombre de "Privatista" por considerar que el derecho que regule la relación extranacional debe ser un derecho privado de carácter internacional, compuesto no ya de normas formales sino de normas materiales como las del derecho privado nacional." (15)

III.- EL DERECHO EXTRANJERO COMO OBJETO DE ESTUDIO.

El derecho es la base en que descansa la Comunidad internacional, de allí que cada Estado se preocupe por normar sus instituciones, tanto en lo social, económico, político, etc., debido a las constantes relaciones, no es novedad que surjan problemas en que se invoquen leyes extranjeras, bajo cuyo amparo se adquirió tal o cual derecho subjetivo. El juez que tenga conocimiento del problema, tendrá que resolverlo, en virtud de que estaría cometiendo injusticias si se negara a dar la solución adecuada. Nuestro Código Federal de Procedimientos Civiles es claro en su artículo 86, cuya literalidad es la siguiente: Sólo los hechos están sujetos a prueba; el derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras o en usos, costumbres o jurisprudencia. El artículo 13 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, se aplica en cuanto al fondo de los presupuestos que sanciona: Los efectos jurídicos de actos y contratos celebrados en el extranjero que deban ser ejecutados en el territorio de la República, se regirán por las disposiciones de este Código.

"Cuando el tribunal aplica el derecho extranjero, surgen estas interrogantes: ¿lo aplica como tal? ¿o como parte de su propio Derecho? ¿o, finalmente, como un simple hecho? Estas cuestiones han sido discutidas con frecuencia, particularmente en los Estados Unidos y en Italia." (16)

(16) WOLF, Martin. Derecho internacional privado 2a. Ed. Barcelona, Traducción de Antonio Marin López, 1958. Pág. 207.

Culminaremos la elaboración de nuestro trabajo, con la exposición de las doctrinas que dan una posible solución a la postura de nuestro sistema legal. Veremos además, las excepciones a la aplicación del derecho extranjero, como defensas que válidamente puede oponer el juez para no aplicarlo.

IV.- PROBLEMAS DE CALIFICACION.

De estrecha vinculación al conflicto de leyes, es el problema de los conflictos de calificación, en virtud de que los problemas se resuelven de diferente manera, según sea el lugar en que se origine el problema. En la práctica - observamos que el juez de un partido judicial - puede diferir de otro, respecto de un mismo problema, dando soluciones distintas. Nuestro más alto tribunal, en el ámbito interno, aplicando - nuestras propias leyes, o bien interpretándolas, cambia constantemente la jurisprudencia o las ejecutorias. Esta situación es más notoria en - tratándose de aplicación de leyes extranjeras.

Parece muy claro y sencillo decir: "la calificación no es más que la determinación de la naturaleza jurídica de una institución." (17) Lo cierto es que "Presenta serios problemas la calificación, por estar sujeta a una apreciación subjetiva, que puede variar de acuerdo con el punto de vista de contenido múltiple. --El juez--,

(17) NIBOYET, Jean Paulin. Principios de derecho internacional privado. Madrid, Editora Nacional, 1969. Pág. 345.

de acuerdo con la calificación que sigue o ha tenido presente, concluye que será la ley nacional o la ley extranjera la que se aplicará, es decir, que la regla de conflicto, o, regla de solución dependerá de la naturaleza o calificación que previamente ha aceptado. Puede interpretarse así, que la sucesión de los bienes inmuebles por -- constituir éstos el territorio del Estado, debe estar sometida a la LEX REI SITAE, por respeto a la soberanía o por interesar a ésta o al régimen territorial de la propiedad. Puede también en - otras partes, considerarse que afecta preponde-- rantemente al régimen familiar, y por ello aceptar como ley reguladora de la misma, la personal de la nacionalidad o del domicilio del causante a la época del fallecimiento.

La jurisprudencia se ha pronunciado en la mayoría de los países, en el mismo sentido, por la calificación de la LEX FORI." (18).

Más adelante veremos las excepciones que - puede sufrir esta doctrina, la técnica de apli-- cación de la ley extranjera, y las cuestiones - procesales relacionadas con la aplicación de leyes extranjeras.

(18) ROMERO DEL PRADO, Víctor N. Manual de derecho internacional privado. Buenos Aires, Argentina, Editorial La ley, 1944. Tomo I, - pág. 681.

CAPITULO SEGUNDO

EVOLUCION DOCTRINAL DE LOS CONFLICTOS DE LEYES.

- I.- INTRODUCCION.
- II.- DOCTRINAS ESTATUTARIAS.
 - A.- ESCUELA ITALIANA
 - 1.- LOS GLOSADORES.
 - 2.- LOS POSGLOSADORES.
 - B.- LA ESCUELA FRANCESA DEL SIGLO XVI
 - C.- LA ESCUELA HOLANDESA DEL SIGLO XVII.
 - D.- LA DOCTRINA FRANCESA DEL SIGLO XVIII.
- III.- DOCTRINAS DEL SIGLO XIX
 - A.- DOCTRINA ANGLOAMERICANA.
 - B.- DOCTRINA DE SAVIGNY
 - C.- DOCTRINA DE MANCINI.

CAPITULO SEGUNDO
EVOLUCION DOCTRINAL DE LOS CONFLICTOS DE LEYES.

I.- INTRODUCCION.

En el capítulo anterior, sólo hemos expuesto de manera muy general el contenido de este trabajo; ahora nos ocuparemos de elaborar una síntesis de la evolución doctrinal de los conflictos de leyes, a virtud que el tema escogido, se encuentra dentro de este gran apartado, que de por sí constituye el curso de derecho internacional privado en algunos países.

Presupuestos previos para el estudio de los conflictos de leyes, son los siguientes:

a).- La existencia de delimitaciones de competencias de sujetos de derecho internacional público;

b).- El estado y capacidad de las personas;
y

c).- La concurrencia de dos o más sistemas legislativos en una relación jurídica.

Al hablar de las delimitaciones de competencias de sujetos de derecho internacional público, con este rubro nos referimos a los Estados; pero, bien pueden ser otras entidades con la misma personalidad.

En cuanto al estado y capacidad de las per

sonas, son conceptos con los que normalmente trabaja el doctrinario en situaciones hipotéticas, o el juzgador en una relación jurídica concreta que debe resolver y que le son aplicables dos o más normas de otros tantos sistemas legislativos.

La mayoría de los juristas están de acuerdo con esta afirmación: "El estado es el conjunto de cualidades y relaciones de derecho que constituyen la condición jurídica de una persona, señalándole el lugar que ocupa y la actividad que despliega en las relaciones sociales y familiares (sexo, edad, estado, condición de hijo legítimo, natural, etc.). La capacidad implica: 1o. aptitud para ser sujeto de todos los derechos o de alguno en particular; 2o. aptitud para ejercer los derechos o capacidad de ejercicio. De estas dos especies de capacidad, la primera puede darse sin la segunda, pero no ésta sin aquella. La capacidad se determina en relación con el estado, ya que en función del estado se goza o no de capacidad. Al conjunto de elementos del estado y de la capacidad se le denomina estatuto personal" (19)

Miaja de la Muela, al hablar de los antecedentes históricos de los sistemas doctrinales en materia de conflictos de leyes, nos dice: "El derecho romano, en su época clásica, no necesitó un sistema de normas de conflicto. Para aquellas relaciones de la vida en que resultaba ina-

(19) BARCIA TRELLES, Camilo. Derecho internacional privado. Madrid, editorial Reus, 1936. Pág. 36.

plicable el ius civile, la repugnancia de los romanos a consentir la aplicación de leyes extran-jeras se valió de un ordenamiento material especial, del ius gentium, sin necesitar, por tanto, idear un tipo de norma indirecta que se limitase a señalar cual era el derecho aplicable en cada supuesto.

Los pueblos germanos se regían desde antes de su expansión en el mundo romanizado por un - sistema radicalmente contrario a la territorialidad jurídica, por la personalidad de las costumbres: a cada individuo se le aplicaban las costumbres de su grupo étnico, cualquiera que fuese el sitio donde se encontrase.

En los siglos centrales de la Edad media - se encuentra un sistema jurídico radicalmente - contrario a la personalidad del derecho: la casi absoluta territorialidad de éste. La aplicación más generalizada de este hecho es la de atribuir lo al feudalismo, sistema político y social en - que el elemento predominante era la tierra, relegando al hombre a un papel secundario. Es cierto que la personalidad de las leyes va haciéndose de aplicación menos frecuente a medida que - nos alejamos de la época de las invasiones germanas, pero otras causas, algunas de ellas anteriores al nacimiento del régimen feudal, han contribuído al abandono del sistema personalista y a - la adopción del criterio opuesto." (20)

(20) MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Derecho interna-cional privado. 3a. Ed. Madrid, 1969. Tomo I, Pág. 73-78.

II.- DOCTRINAS ESTATUTARIAS.

Durante los siglos XII a XVII, aparecen varias doctrinas denominadas estatutarias, mismas que Lainé, citado por el autor que consultamos, las entiende "como el conjunto de reglas doctrinales elaboradas por juristas de distintos países para la resolución de los conflictos de leyes." (21)

De manera muy breve nos referiremos a estas doctrinas de acuerdo con sus modalidades, el siglo y el lugar donde se desarrollaron, mismas que designaremos con los nombres de Escuela italiana, integrada por los glosadores y los postglosadores; la Escuela francesa de los siglos - XVI, la Escuela holandesa del siglo XVII; y, la francesa del siglo XVIII.

A.- ESCUELA ITALIANA

1.- LOS GLOSADORES

A principios de la segunda mitad del siglo XII, se funda en Bolonia la escuela de los glosadores por Irnerio. La palabra glosa, penetrando en el mundo vulgar, ha llegado a significar en el comentario, crítica más o menos burlesca. - "La escuela de los glosadores tuvo una primera fase, que abarcó todo el siglo XII, que fue decreciendo en valor, y se resumió y terminó en - Accurso antes de mediar el siglo XIII. Cuatro - doctores son los principales representantes de -

(21) MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Op. Cit. Pág. 84.

esta escuela: Bulgarus, que murió en 1166; Marti no Gosia, poco antes de Bulgarus; Jacobo en 1178 y Ugo de 1168 a 1171." (23)

Accurso o Accursio en 1228 y posteriormente Belleperche que murió en 1328, se preguntaron: si eran válidos los estatutos que derogaban el derecho común; en caso afirmativo hasta dónde se extendía su aplicación respecto al derecho común; y cómo se resolvía el conflicto cuando hubiera concurrencia de estatutos.

A las interrogantes anteriores se daban - las siguientes respuestas:

"1a.- Si dos o más ciudadanos eran autónomos; pero, dentro del Sacro Imperio Romano-Germánico, imperaba la norma de mayor jerarquía y por tanto desaparecía el problema.

2a.- En la segunda interrogante se resolvía uniformemente en el sentido de que los estatutos, admitidos como válidos, eran sólo excepciones estrictas de una regla general.

3a.- A la tercera, le daban dos respuestas: a) una le daba a los estatutos un carácter territorial absoluto, de acuerdo con el concepto feudal, y b) la prevalencia del estatuto que la ra-

(23) ORTOLAN, M. Explicación histórica de las - instituciones del Emperador Justiniano. Madrid, 1912, Págs. 503 y 504.

zón indicaba como más justo, a efecto de facilitar el comercio y respetar el espíritu equitativo del derecho romano.

Los glosadores y postglosadores italianos, expusieron su doctrina al explicar la ley Cunctos Populos, primera del título de Summa Trinitate et Fide Catolica del Código de Justiniano, cuyo texto es el siguiente: "Deseamos que todos los pueblos sometidos al imperio de Nuestra Clemencia profesen la religión que San Pedro Apóstol enseñó a los romanos, según declara hasta hoy la propia religión por él mismo practicada, y mandamos que todos los que observen esta ley estén comprendidos bajo el nombre de cristianos católicos". Por esta ley se imponía a los súbditos del Imperio, sea cual fuere el lugar en que estuvieran, dentro o fuera de él, una religión que jurídicamente regía varios aspectos o reservados al derecho privado civil, es decir fijaba la extensión territorial y extraterritorial de una "calificación" o cualidad del individuo. Fácil le fue a Accursio tomarla por base para afirmar en un célebre caso, que si un boloñés comerciaba en Módena, su capacidad no estaba determinada por la ley de esa ciudad porque "ya está regida por la de Bolonia." (24)

2.- LOS POSTGLOSADORES

Siqueiros afirma: "Los italianos postglosadores, no se fijan en los casos en que las leyes o estatutos se debían de aplicar, pues éstas -- eran costumbres, normas de tráfico mercantil que tomaban fuerza, eran regionales, motivo por el -

(24) LAZCANO, Carlos Alberto. Op. Cit. Págs.97 y 98.

zón indicaba como más justo, a efecto de facilitar el comercio y respetar el espíritu equitativo del derecho romano.

Los glosadores y postglosadores italianos, expusieron su doctrina al explicar la ley *Cunctos Populos*, primera del título de *Summa Trinitate et Fide Catolica* del Código de Justiniano, cuyo texto es el siguiente: "Deseamos que todos los pueblos sometidos al imperio de Nuestra Clemencia profesen la religión que San Pedro Apóstol enseñó a los romanos, según declara hasta hoy la propia religión por él mismo practicada, y mandamos que todos los que observen esta ley estén comprendidos bajo el nombre de cristianos católicos". Por esta ley se imponía a los súbditos del Imperio, sea cual fuere el lugar en que estuvieran, dentro o fuera de él, una religión que jurídicamente regía varios aspectos o reservados al derecho privado civil, es decir fijaba la extensión territorial y extraterritorial de una "calificación" o cualidad del individuo. Fácil le fue a Accursio tomarla por base para afirmar en un célebre caso, que si un boloñés comerciaba en Módena, su capacidad no estaba determinada por la ley de esa ciudad porque "ya está regida por la de Bolonia." (24)

2.- LOS POSTGLOSADORES

Siqueiros afirma: "Los italianos postglosadores, no se fijan en los casos en que las leyes o estatutos se debían de aplicar, pues éstas -- eran costumbres, normas de tráfico mercantil que tomaban fuerza, eran regionales, motivo por el -

(24) LAZCANO, Carlos Alberto. Op. Cit. Págs.97 y 98.

cual en ocasiones chocaban con el derecho romano, creándose de esta manera los conflictos que resolvían de acuerdo con su criterio." (25)

"Los postglosadores no buscaron el pensamiento del legislador sino la adaptación de la ley a las necesidades sociales, la razón legal, su finalidad. Por medio de distintos casos dieron soluciones racionales para cada uno de ellos. Así Bartolo estudió, por ejemplo, los contratos, los delitos, los testamentos, la forma de los actos jurídicos. Comenzaron a distinguir entre los estatutos cuales eran aquéllos que seguían a la persona fuera de su lugar de radicación. Los postglosadores aceptaron, en su mayoría la diferenciación entre estatutos favorables y prohibitivos o desfavorables; los primeros tutelaban o ampliaban la capacidad individual o acordaban facultades para el ejercicio de un derecho, en tanto que los segundos consagraban incapacidades o vedaban realizar un acto; los favorables, en general, se extraterritorializaban, los otros no, pero en ambos supuestos había excepciones." (26)

Bartolo en relación con la glosa de Accursio, examinó si el estatuto territorial rige a quienes no son súbditos y si el efecto de ese estatuto va más allá de su territorio. Dió varias soluciones acerca de los contratos según los problemas tratados: "Para la forma, aplicó la ley -

(25) SIQUEIROS PRIETO, José Luis. Notas tomadas al curso de Derecho internacional privado. 1965.

(26) LAZCANO, Carlos Alberto. Op. Cit. Págs. 99 y 100.

del lugar del acto; para el fondo del litigio - distinguió entre los efectos naturales, que some tió a la ley de la celebración, de los indirectos o incidentales, derivados de la norma o de la negligencia del obligado, que hizo depender - de la ley del lugar de ejecución o como en su de fecto, de la del lugar del juicio "Lex fori". En cuanto a la ley permisiva Bartolo la examinó a - la luz de la regla Locus regit actum, acerca de forma, separándola de la ley que regía la capaci dad, a la que le atribuía una imperfecta extrate rritorialidad, limitada por el estatuto de la si tuación de los bienes.

Para la sucesión rechazó la *lex rei sitae*, esto es, la de su aceptación o de su apertura. - Tras examinar los términos del estatuto, si ellos disponían, teniendo en cuenta ante todo las cosas, que los bienes pasaran al primogénito, apli có esa ley pero sí tenían más en vista la perso na, distinguió si el estatuto era odioso o favorable, procediendo en consecuencia; sentó estas conclusiones al considerar si la ley extranjera donde existía la primogenitura podía aplicarse - o no a los bienes situados fuera de su jurisdicción. Por consiguiente, aplicó la ley personal o la del territorio según fuere la intención del legislador, entendida por medio de la construc ción gramatical del texto.

Esta escuela salió de Italia, duró tres si glos y tuvo muchos partidarios. El método no - fue una ciega división de los estatutos en dos - categorías, sino que estableció grupos de mate rias jurídicas para facilitar las soluciones. - Distinguió entre el procedimiento, sujeto a la - *lex fori*, pero separado de las formas ordenato rias del mismo, de las decisorias, que sometió a

la ley de acto; aplicó la ley del lugar del acto para la forma en general y la de la situación - para los bienes, también en general." (27)

B.- LA ESCUELA FRANCESA DEL SIGLO XVI

El autor que más significó en esta escuela lo fue Bertrand D'Argentré, rompió con los principios sustentados por la escuela italiana. "No debe distinguirse entre procedimiento y forma, - entre contratos, delitos, testamentos, cosas, - personas, capacidad, substancia y ejecución de - los actos, y afirmó que todas las leyes son estrictamente territoriales, principio que armonizaba con el Código y Digesto romanos. Sólo algunos estatutos eran extraterritoriales porque excepcionalmente tenían por destinatarios a ciertas personas. Cuando se trataba de inmuebles, y la propiedad y las cosas estaban en distintos lugares, debía aplicarse la ley de cada uno de ellos; dió igual solución cuando los contratos y los testamentos se referían a inmuebles. Pero - tratándose del derecho de las personas o de los muebles, regía la ley domiciliaria, excepción - fundada en la naturaleza de las cosas, porque - dijo que era "injusto" no reconocer la extraterritorialidad en ciertos casos.

Si una disposición contempla personas y cosas o sea que es mixta, D'Argentré la asimiló al estatuto real; aún los personales sólo lo eran - si se referían al estado o la capacidad en forma general, porque su aplicación derogaba el principio territorial dominante. Los estatutos mixtos,

(27) LAZCANO, Carlos Alberto. Op. Cit. Págs. 100 y 101.

división lógica desde el punto de vista de la ley examinada, fueron inútiles para la extraterritorialización del derecho, dado que tal categoría estaba incluida dentro de la regla genérica que le daba carácter real a todas las costumbres y la identificaba, por tanto, con los estatutos territoriales.

El sistema de D'Argentré recibió poca atención de los juristas de su tiempo, pero triunfó en Bélgica y Holanda, y después en Alemania, a fines del siglo XVII." (28)

C.- LA ESCUELA HOLANDESA DEL SIGLO XVII

Esta escuela la forman tres juristas: Pablo Voet; y Ulrich Huber, escuela llamada también de la Cortesía internacional."....estuvo influenciada por la fundada por D'Argentré, clasificaba los estatutos en: reales y personales y además conservó los límites de aplicación estrictamente territorial de los estatutos reales.

Pero cuando hubo de encontrar una explicación al hecho de que ciertos estatutos fuesen extraterritoriales, los holandeses rechazaron en absoluto la idea de obligación. Para ellos los jueces no están jurídicamente obligados, en modo alguno a observar las leyes extranjeras, pues ésto es contrario a la independencia de los Estados. Si conviene, no obstante aplicar en una cierta medida las leyes extranjeras, es sólo por cortesía internacional. Esta cortesía tiene

(28) LAZCANO, Carlos Alberto. Opc.Cit. Pág. 103.

por único fundamento el interés bien entendido - de cada Estado. Se aplicarán las leyes extranje ras para obtener también la aplicación de las -- propias leyes en el extranjero. Con el fin de - obtener una reciprocidad deseable, se procederá cortesmente en la medida en que se considere que necesitamos de los demás.

La Escuela holandesa, tiene sobre la Escuela francesa, la superioridad de la lógica, pero sin que por eso satisfaga más. Puede decirse que - desde D'Argentré la polémica se ha debatido dentro del círculo formado por la noción de la territorialidad de las costumbres." (29)

D.- DOCTRINA FRANCESA DEL SIGLO XVIII

En el siglo XVIII, a iniciativa del célebre abogado del Parlamento de París, M. Riparfont, se reunieron juristas de Orden de Abogados, para resolver los múltiples conflictos que se presentaban entre costumbres de los distintos parlamentos franceses; fructifica su llamado y se forma la segunda escuela estatutaria del siglo mencionado. Caracterízase, en general, por su criterio personalista, restringiendo la territorialidad.

"Entre sus principales representantes, podemos mencionar a los siguientes jurisconsultos: Bouhier, Froland y Boullencis.

(29) NIBOYET, Jean Paulín. Op. Cit. Págs. 220 y 221.

Bouhier y Froland, en principio coinciden, en lo que toca a inclinarse por la personalidad de los estatutos, al considerar al hombre como superior a los bienes. Además, hacen del estatuto de forma de los actos un estatuto personal, únicamente para poderle asegurar un efecto extra territorial y fundan esta clasificación en la idea de que el oficial ministerial que ha redactado el acto, es una persona.

Boullencis, divide los estatutos en reales y personales, subclasificando los personales en universales y particulares y éstos últimos, a su vez, en puros y reales; las leyes de capacidad universal (mayoría, emancipación) son extraterritoriales, no así las de capacidad particular (para testar) a las que aplica la teoría territorialista de D'Argentré. Niega la existencia de los estatutos mixtos, pues entre aquellos que a la vez se ocupan de personas y cosas, serán personales los que se refieren principalmente a las personas y de manera accesoria a las cosas." (30)

III.- DOCTRINA DEL SIGLO XIX.

Debido al constante desarrollo del comercio internacional, las anteriores doctrinas no solucionaban del todo los problemas que se presentaban.

(30) ORUE, José Ramón De. Manual de Derecho internacional privado español. Madrid, 1928. Págs. 201 y 202.

"Durante el siglo XIX, se forman nuevas - doctrinas de tipo universalista, entre las más - importantes que exponen los autores son las de - Svigny y Mancini, y para continuar con nuestro - orden cronológico, de manera breve expondremos - previamente la doctrina Angloamericana, por la - paternidad que se atribuye a uno de sus autores sobre el nombre de la materia y su influencia en autores europeos y en los sistemas legislativos de diversos países.

A.- DOCTRINA ANGLOAMERICANA

Hasta comienzos del siglo XIX había sido - escasísima la aportación inglesa al derecho in- - ternacional privado. Como en el resto de Europa, en Inglaterra rigió el sistema de personalidad - de las leyes, primero entre los sajones y dane- - ses y, más tarde, entre sajones y normandos; pero el régimen feudal impuesto por éstos trajo consi- - go el predominio de la territorialidad. Segura- - mente por la falta de recepción del derecho roma- - no no se desarrollaron en las islas Británicas - las doctrinas estatutarias. El carácter espe- - cial del Common Law, alejado del derecho romano, la insularidad del pueblo inglés y las supervi- - vencias feudales en él hacen que los conflictos de leyes se presenten muy raramente hasta el si- - glo XIX. La formulación de una nueva doctrina - tiene lugar hasta 1834, con la aparición en Bos- - ton de la obra de Joseph Story, bajo el título - de "Comentarios sobre el Conflicto entre leyes - extranjeras y Patrias con respecto a los contra- - tos, derechos y recursos, y especialmente en lo que se refiere a matrimonios, divorcios, testa- - mentos, sucesiones y sentencias". Su punto de - partida, tomado de Huber, es que las leyes de un país no tienen en sí ningún poder propio vigore,

más que dentro del territorio del Estado que las dicta". (31) Story, ratifica este criterio cuando cita el siguiente párrafo de Boullencis: "Por derecho estricto todas las leyes expedidas por un soberano, sólo tienen fuerza y autoridad dentro de sus dominios. Pero la necesidad del bien público y general de las naciones ha introducido algunas excepciones por lo que respecta al comercio civil" (32)

Por lo que respecta a los razonamientos básicos sobre conflicto de leyes, establece las siguientes máximas:

1a.- Que cada nación posee exclusiva soberanía y jurisdicción dentro de su propio territorio. La consecuencia directa de esta regla es, que las leyes de cada Estado afectan y obligan, especialmente a toda propiedad, sea real o personal, que esté dentro de su propio territorio; y a todas las personas que en él residan, sean naturales o extranjeros, así como a todos los actos y contratos que en él se verifiquen.

2a.- Que ninguna nación o Estado, puede por medio de sus leyes afectar o sujetar directamente la propiedad, situada fuera de su territorio, u obligar a las personas que no residan en él, sean sus súbditos naturales o no. Esta es una consecuencia natural de la proposición primera; por que sería absolutamente incompatible con

(31) MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Op. Cit. Págs. 124 y 125.

(32) STORY, José. Op. Cit. Pág. 11.

la igualdad y exclusivismo de la soberanía de todas las naciones, que una de ellas estuviese en libertad de legislar sobre las personas o las cosas, que en su territorio no existiesen.

3a.- Que cualquiera que sea la fuerza y acción que las leyes de un país tengan en otro, dependen solamente de las leyes y reglamentos municipales del segundo, es decir, de su jurisprudencia propia e instituciones, y de su tácito o expreso consentimiento. Un Estado puede prohibir dentro de su territorio, la aplicación de todas las leyes extranjeras y los derechos que de ella se deriven. Puede prohibir la aplicación de algunas leyes extranjeras y puede proteger la introducción de otras. Cuando su propio código prevenga expresamente algo sobre la materia, debe obedecerse por todas las personas que se encuentran dentro de los límites de su soberanía."(33)

La doctrina de Story, es territorialista, como puede observarse de sus máximas; los casos que podríamos llamar excepcionales en cuanto a dar efecto a los contratos o convenios celebrados en el extranjero en un país donde se somete a su conocimiento, es por razones de política o de cortesía, situaciones que poco ayudan.

"Como aplicaciones a estos principios generales, Story desciende a soluciones particulares. La capacidad personal debe regirse por la ley del domicilio, lo que responde tanto a la tradición estatutaria como al tipo de conflictos que

(33) STORY, José. Op. Cit. Págs. 27 a 31.

el autor trata de resolver entre legislaciones - de los distintos Estados americanos en una época en que estaban unidos por vínculos federales. - Hay que tener en cuenta que, según la concepción inglesa recibida de Estados Unidos, el comocilio es el centro de todas las relaciones de derecho civil, y constituye un vínculo más preciso y estable que en los países continentales europeos.

El principio domiciliar tiene excepciones para Story. Una de ellas es que la conclusión - del matrimonio se rija por la ley del contrato, criterio aceptado en la sentencia dictada por - Sir Edwar Simpson en el asunto Scrimahire, en el que se trataba de dos súbditos ingleses menores de edad que contrajeron matrimonio en Francia, - con infracción de las formalidades de la ley -- francesa." (34)

La doctrina angloamericana, se reduce a - muy pocas ideas generales: "Territorialidad de - la ley como principio, aplicación del derecho ex tranjero por motivos utilitarios, imperio de la ley del comocilio con exclusión de la nacional, régimen distinto para bienes muebles e inmuebles, y validéz extraterritorial de los derechos adqui ridos en otro país." (35)

(34) MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Op. Cit. Pág. 126.

(35) MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Op. Cit. Pág. 128.

B.- DOCTRINA DE SAVIGNY

Publica este autor en 1849, su Sistema de derecho romano actual, en alemán en 8 tomos, de cuya traducción al francés, se hace una nueva - traducción al español en 6 tomos, es en el sexto donde encontramos expuesta su teoría conflictual, se propone: "Determinar el lazo que existe entre las relaciones del derecho y las reglas jurídi--cas. Este lazo nos parece, de un lado, como el imperio de las reglas sobre las relaciones de - otro, como la sumisión de las relaciones a las - reglas jurídicas están destinadas a regir las re--laciones de derecho; pero ¿cuáles son los lími--tes de su imperio? ¿Qué relaciones de derecho - están sometidas a estas reglas? El sentido de es--ta cuestión está precisado por la naturaleza del derecho positivo, que no es el mismo para la hu--manidad toda entera, sino que varía según los - pueblos y los Estados, siendo en el seno de cada uno de éstos, producto en parte de las ideas ge--nerales y en parte de ciertas fuerzas especia--les." (36)

Así continúa Savigny: "La cuestión relativa a los límites del imperio de las reglas y a las dificultades que puede suscitar la determinación de estos límites, o las colisiones, son, por naturaleza cuestiones subordinadas y secundarias.

(36) SAVIGNY, M.F.C. De. Sistema de Derecho roma--no actual. Vertido al castellano por Jacin--to Mesía y Manuel Poley. (De la traducción francesa M. Ch. Guenoux). Madrid, 1879, - tomo VI. Págs. 123 y 124.

Con la cuestión de límites de los derechos positivos se relaciona otra muy distinta, aunque tiene gran analogía con la primera. Hasta aquí hemos considerado las reglas jurídicas como fijas, sin tener en cuenta las modificaciones que en ellas puede introducir el tiempo.

Además, toda la decisión sobre una relación de derecho actual tiene necesariamente por base hechos jurídicos que pertenecen siempre a un pasado más o menos lejano. Ahora bien; como en el intervalo que separa el origen de la relación de derecho del momento actual, puede haber sufrido modificaciones el derecho positivo, trátese de saber en qué época debe fijarse la regla que rige la relación de derecho.

Para abreviar designaré este doble punto de vista --sigue exponiendo Savigny--, por medio de las expresiones siguientes:

1.- Límites locales del imperio de las reglas jurídicas.

2.- Límites temporales de este imperio."
(37)

El autor que ocupa nuestra atención, establece que la nacionalidad y el territorio es el lazo que une a una persona con un determinado de recho positivo, de acuerdo con la siguiente expo sición:

(37) SAVIGNY, M.F.C. De. Op. Cit. Tomo VI Págs. - 124 y 125.

"I).- El origen (la nacionalidad), como motivo y como límite de la comunidad del derecho, tiene una base personal e invisible. (sic) Aunque parece por su naturaleza sustraerse a toda influencia arbitraria, es, sin embargo, susceptible de extensión por la adopción libre de los individuos.

La nacionalidad, como motivo y límite de la comunidad del derecho, nos aparece principalmente entre los pueblos nómadas que en general carecen de morada definitiva.

II).- El territorio nos aparece como el segundo motivo que en grandes proporciones determina y limita la comunidad del derecho entre los individuos.

Tomando como punto de partida este segundo motivo de la comunidad del derecho, se refiere a la colisión que debe ocuparnos a la diferencia local de los derechos; de modo que el problema que hemos de resolver en todos los casos posibles de colisión puede formularse en los siguientes términos:

¿Cuál es en cada caso dado el derecho territorial aplicable?

Esta es la razón de haber designado hasta aquí con el nombre de límites locales los límites del derecho existente en una misma época.

Entre los derecho territoriales contradic-

torios cuya colisión va a ocuparnos ahora, pueden existir dos diferentes clases de relaciones; y aunque las reglas que han de aplicarse permanecen siempre las mismas, esta diferencia influye mucho sobre el modo de su aplicación.

Estos derechos territoriales puede regir - diferentes distritos de un solo y mismo Estado, o diferentes Estados independientes entre sí." - (38)

En esta última exposición quedarían ajustados los Estados con sistema federal y las confederaciones de Estados, respectivamente.

"I).- He designado en otro lugar los derechos particulares --continúa Savigny-- existentes en el seno de un solo Estado bajo el nombre de - derechos particulares, por oposición al derecho común de este Estado. Estos derechos particulares pueden revestir la forma de leyes o la de - costumbres.

"II).- Paso al segundo caso posible de colisión entre varios derechos territoriales, esto es, aquel en que estos derechos no pertenecen al mismo Estado, sino a Estados diversos e independientes unos de otros.

Desde luego debemos reconocer que cuando - han sido previstos casos de colisión por las le-

(38) SAVIGNY, M.F.C. De. Op. Cit. Tomo VI, Págs. 132-135.

yes de un país, los jueces deben conformarse enteramente con estas prescripciones. Pero ninguna legislación ha agotado esta materia, principalmente en los Estados regidos por el derecho común alemán." (39)

La concepción internacionalista expuesta por Savigny es materia conflictual, se hace derivar por lo que expone al principio de su monumental obra: "Puede existir también entre muchas naciones una comunidad de ideas semejantes a la que crea el derecho positivo de cada pueblo. Dicha comunidad de ideas, fundada en relaciones de origen y de creencias religiosas, constituye el derecho internacional tal como lo vemos entre los pueblos cristianos de Europa, derecho que no era desconocido en los pueblos de la antigüedad y que encontramos entre los romanos con el nombre de jus feciale. Puede, pues, considerarse el derecho internacional como un derecho positivo, pero imperfecto, a causa de la indeterminación de su contenido y de la falta de base real sobre la cual repose el derecho positivo de cada pueblo, a saber, el poder del Estado y sobre todo la autoridad judicial.

Los progresos de la civilización fundada por el cristianismo ha originado un derecho análogo en nuestras relaciones con todos los pueblos del mundo de cualquiera que sea su creencia y sin reciprocidad de su parte. Pero la aplicación de estos principios tiene un carácter puramente mora, que en nada se parece a un derecho -

(39) SAVIGNY, MF.C. De Op. Cit. Tomo VI, Págs. 135 a 141.

positivo." (40)

La concurrencia de leyes en una relación de derecho y con la posibilidad de aplicar la ley extranjera; sufre excepciones de las que hablaremos en otro apartado posterior.

C.- DOCTRINA DE MANCINI.

Debido a la desintegración de la península itálica en varios Estados, era preciso crear una doctrina nacionalista que fuera sentida por las masas a efecto de darles unidad, varios intelectuales participan de esta tarea por diferentes medios de difusión cultural; instrumento fue la cátedra de Derecho internacional creada en la Universidad de Turín, misma que ocupa Pascuale Stanislao Mancini.

De manera retrospectiva, diremos que el artículo 3o. del Código de Napoleón, establecía en su párrafo tercero: "Las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas obligan a los franceses, aunque residan en país extranjero." (41) Este criterio era sustentado también por Mancini, y que habría de convertirse en fundamento de la escuela de la personalidad del derecho.

(40) SAVIGNY, M.F.C.De. Op. Cit. Tomo I. Pág. 40

(41) Concordancias entre el código civil francés y los códigos extranjeros. 2a. edición. Madrid, 1847. Pág. 8.

Mancini, citado por Miaja de la Muela afirma: "que en toda sociedad humana existen dos clases de normas: "Unas leyes generales reveladas por la razón del hombre, dependientes de las condiciones generales de la naturaleza humana y que no cambian ni pueden cambiar según los tiempos y los países", es decir, lo que los romanos llamaron *ius gentium*, y "otras reglas, de preceptos y prohibiciones, que son el resultado local y característico de cada país. No se podrá, por ejemplo, fijar la misma edad matrimonial para los lapones que para los etíopes. Si es inevitable esta diferencia de legislaciones en desacuerdo, no menos innegable es "que el hombre nace cosmopolita y que la naturaleza no ha querido en cadearlo toda su vida a su país de nacimiento, lo que da lugar al planteamiento de cuatro cuestiones:

1o. ¿Hay, según el derecho de gentes, un poder absoluto para cada soberanía independiente en rehusar enteramente en su territorio toda aplicación de las leyes extranjeras? Para Mancini, si bien la independencia política de la nación le atribuye el derecho de legislar en su territorio, no implica esta facultad la de dictar leyes injustas y lesivas para la comunidad de derecho que se deriva de las necesidades humanas y de los deberes internacionales. El problema se reduce por tanto a la demostración de que en esa materia existen verdaderos deberes internacionales y no simples consideraciones de benevolencia mútua, lo que lleva al autor el planteamiento de la cuestión siguiente.

2o. La aplicación de las leyes extranjeras sobre el territorio sometido a otra soberanía, -

¿está fundada en un libre acto de cortesía (comitas) y sobre el consentimiento expreso o tácito de las otras naciones (obmutuam utilitatem), o en la existencia de un deber internacional? Hace constar Mancini que la doctrina de la comitas no sólo ha perdido su antiguo favor, sino que ha sido objeto de refutaciones severas y victoriosas por parte de Svigny, y otros.

3o. Si este deber internacional existe, ¿deben todas las naciones observarlo en igual medida con reglas idénticas, prescribiendo su aplicación en las legislaciones de cada una y en las decisiones de sus tribunales? Para Mancini, se impone la solución afirmativa, como corolario natural de las anteriores premisas. "Se puede admitir la desigualdad en la medida de las concesiones y de los sacrificios voluntarios que dependen del intercambio de favores y de la apreciación de conveniencias, variables según los pueblos, las épocas y las diferentes condiciones de su existencia. Por el contrario, la idea de un deber riguroso y perfecto y de una justicia internacional, fuente de la autoridad jurídica, exigen necesariamente la igualdad más completa de la medida con la que cada soberanía política determina el límite del cumplimiento de este deber..." Sin esta identidad de reglas aplicables, en medio de la coexistencia de prescripciones diversas y frecuentemente contradictorias de los diferentes códigos, a los cuales los magistrados de cada país están obligados a conformarse, se caería en un laberinto de contradicciones y dificultades que sería absolutamente imposible resolver.

4o. ¿Cuáles son los medios que pueden conducir a esta aplicación uniforme y a la identi-

dad necesaria de las reglas, en cuanto a la protección y a la garantía de las personas, de los bienes y de los actos extranjeros? Señala el autor, como ejemplos de esta falta de uniformidad, el que en unos países se rija el estatuto personal por la ley nacional y en otros por la domiciliar, que la mujer francesa o italiana pierda su nacionalidad si se casa con un inglés sin adquirir la de éste, que en unos códigos la sucesión se rija por la ley del difunto y en otros por la situación de los bienes. La única solución sería la estipulación de uno o varios tratados internacionales que regulasen uniformemente los conflictos de leyes.

Entiende el profesor de Roma, y con ello entra ya en la exposición de su propia doctrina, que "el orden jurídico consiste en el acuerdo de la libertad privada e individual con el ejercicio del poder social, es decir, en las relaciones entre la ley del Estado y las prerrogativas del individuo...; en consecuencia, la autoridad social no puede, sin cometer un injusto exceso, invadir la esfera inaccesible e inviolable en la que se extiende y se ejerce esta libertad individual".

La libertad del individuo es para Mancini la raíz de la nacionalidad de un pueblo. "En efecto, si se multiplica el ejercicio de esta libertad inofensiva por las masas de las libertades individuales de todos los ciudadanos pertenecientes a una nación, de ello resulta la manifestación, de ciertas cualidades, costumbres, necesidades, tendencias y usos constantes y espontáneos. Luego es ésto lo que representa, por así decir, el carácter jurídico especial por el cual

se puede distinguir a un pueblo de otro; de él - resulta este conjunto de condiciones que le da - una vida, un desenvolvimiento propio y el dere-- cho de desplegar, con independencia para cada - uno, según sus cualidades particulares, su acti- vidad en la escena del mundo y en la historia. - Al lado de esta libre activi dad y de los parti- culares se desenvuelve la acción del poder públi- co y el desenvolvimiento del progreso social en toda la extensión de su territorio político. Las leyes de orden privado responden a la libertad - individual; las leyes que garantizan el orden pú- blico y la organización del poder público respon- den a la soberanía del Estado."

Continúa Mancini afirmando que "la liber-- tad no cesa de ejercerse cuando desborda el cír- culo de la sociedad y se extiende hacia afuera, en todos los pueblos de la tierra..."

En suma Mancini entiende que el derecho ci- vil privado es personal, y el público territo- rial, distinción con la que trata de sustituir a la clásica de estatutos personales y reales."(42)

(42) MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Op. cit. Págs. 143 a 151.

CAPITULO TERCERO

LIMITACIONES A LA APLICACION DE LAS LEYES EXTRAN JERAS.

I.- EL FRAUDE A LA LEY

II.- EL REENVIO

III.- LA CALIFICACION

IV.- EL INTERES NACIONAL

V.- EL ORDEN PUBLICO.

A.- Concepto y naturaleza del orden público

B.- Doctrina de Savigny sobre el Orden Público.

C.- Doctrina de Pillet.

CAPITULO TERCERO

LIMITACIONES A LA APLICACION DE LAS LEYES EXTRANJERAS.

El curso que se imparte en nuestra Facultad de Derecho, sigue el orden de exponer primero la aplicación de las leyes extranjeras, acorde con la doctrina de autores nacionales como extranjeros. Pensamos que dada la naturaleza de nuestro trabajo, donde concluiremos con la aplicación de la ley extranjera, nos permitimos hacerlo en distinto orden al clásico ya enunciado.

El Juez --en este caso, mexicano--, al tener conocimiento de una demanda, observará si reúne los requisitos que establece la ley, si se considera competente o no etc.

Bien puede suceder que el presunto actor, someta a su conocimiento el reconocimiento de un derecho subjetivo adquirido a la luz de una ley extranjera, o llevar a cabo una simple declaración de acuerdo con la misma. El juez en estos casos válidamente puede excepcionarse para no aplicar la ley extranjera.

Entre estas excepciones o parámetros, una se encuentra admitida en todos los sistemas conflictuales. "La inaplicabilidad de leyes inspiradas en concepciones morales --en su más amplio sentido, que comprenda la moral religiosa y la económica-- contrarias a las vigentes en el país del juez. Tal excepción es la conocida con los nombres de: orden público, cláusula de reserva - (Vorbehalstklausel) o public policy. Otras ex--

cepciones, como el fraude a la ley, el interés nacional, el desconocimiento en el foro de la institución extranjera aplicable y la reciprocidad, aparecen con menos frecuencia en los fallos de los tribunales, y casi nunca en las normas escritas de derecho internacional privado, con la salvedad de la llamada de interés nacional, que, por otra parte, no posee la generalidad de las otras excepciones, sino que actúa únicamente en una determinada materia jurídica, la capacidad de obrar de los extranjeros." (43)

A las anteriores excepciones, otros autores incluyen el reenvío.

I.- FRAUDE A LA LEY.

Decimos que existe fraude a la ley, cuando una persona se ubica en una situación jurídica, con la intención de que le sea aplicada una ley que normalmente no le sería aplicable.

Este concepto no ha sido privativo de derecho internacional privado, sino que era conocido por el derecho romano.

"El ejemplo clásico, es el de dos cónyuges que por pertenecer a un país donde no se admite el divorcio, se naturalizan en otro país que lo admite, obtenida la naturalización y una vez logrado el divorcio, invocan su nueva situación, -

(43) MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Op. Cit. Tomo I, Pág. 353.

principalmente en su antiguo país." (44)

El fraude a la ley, es difícil de comprobar, toda vez que la mala intención de las personas no siempre puede ser comprobada; pero sí puede derivar de sus manifestaciones.

Con atenuaciones esta teoría es aceptada - solamente para los contratos y la forma de los - actos, rechazándola en la hipótesis del cambio - de nacionalidad.

Vamos a citar algunos ejemplos que da Carrillo de fraude a la ley en materia de divorcio:

"El caso Bauffremont.- Este caso fue resuelto por el tribunal de casación de Francia en 1878. En la sentencia que dictó, se afirmó que el cambio de nacionalidad de una mujer casada - para los puros efectos de acogerse a una ley que admitía el divorcio vincular, debía tenerse por fraudulento y, por lo tanto, Francia no estaba - obligada a reconocer una sentencia de divorcio - dictada en Alemania sobre bases fraudulentas.

El caso Ferrari.- Paradójicamente en 1922, el propio tribunal de casación de Francia aceptó que una mujer italiana, casada con italiano conforme a las leyes de Italia, pudiera divorciarse en Francia por haberse naturalizado previamente

(44) NIBOYET, Jean Paulín. Op.cit, Pág. 436.

francesa.

Es de notarse que la doctrina criticó acremente esta sentencia, pues carecía de bases doctrinales aceptables y demostraba una parcialidad manifiesta en favor de nacionales franceses.

Niboyet, al criticar esta resolución, sostuvo que "un contrato debe asegurar el mismo régimen a los dos cónyuges, por lo que hay que decidir, forzosamente, que si uno solo de los cónyuges cambia de nacionalidad, este cambio no puede influir en su régimen matrimonial; la última ley común es la que hay que tener en cuenta. - Para que este derecho adquirido desapareciese, - sería preciso un doble cambio de nacionalidad."

El caso Torlonia.- Este caso fue decidido por los tribunales del Estado de Connecticut. - El problema versó sobre la posibilidad de una norteamericana de obtener en ese Estado un divorcio vincular, no obstante haberse casado por la ley italiana con un nacional de Italia. La resolución fue favorable a la norteamericana, pues se estableció que las leyes de un país se hacen para proteger a los nacionales, sin que la ley extranjera varíe ni pueda variar este principio de orden público." (45)

(45) CARRILLO, Jorge Aurelio. Matrimonio y divorcio en México a la luz del derecho internacional privado. México, Rev. de la Facultad de Derecho U.N.A.M., 1964, Núm. 56, tomo XVI, - Pág. 948.

II.- EL REENVIO.

Esta teoría también se denomina de la ra--
queta, de la remisión o referencia, "tiende a -
quebrantar el carácter nacional de las normas de
solución en los conflictos de leyes". (46)

Sobre esta doctrina, bastante se ha escri-
to, y se le formula de la siguiente manera: --
"Cuando conforme a las reglas de conflictos de -
leyes de un país, la ley de otro país es compe--
tente, ¿habrá que aplicar las disposiciones de
puro derecho interno de este último país, o se -
aplicarán sus reglas de derecho internacional -
privado?"

Si se aplican las disposiciones de derecho
interno de la ley de este país, se dice que no -
hay remisión.

Si se recurre, por el contrario, a las dis-
posiciones de conflictos de leyes formuladas por
la legislación del país cuya ley es competente,
tenemos, entonces, planteada la remisión; la so-
lución del asunto se remite a la ley que las dis-
posiciones de conflictos de leyes de dicho país
declaran competente.

Dos grandes formas de remisión son posi- -
bles teóricamente:

(46) ORUE, José Ramón De. Op. Cit., Págs. 232 y
233.

1a. La remisión de la ley extranjera a la del juez que conoce del asunto. Si éste acepta la remisión, aplicará, en definitiva, su propia ley interna a la solución del asunto. Este caso, que es el de los dos ejemplos que hemos citado, - se llama remisión de primer grado.

2a. Existe, además, la remisión de segundo grado: la que se hace, no a la ley del juez que conoce del asunto, sino a la ley de un tercer país." (47)

Quintín Alfonsín en latinoamerica, nos habla del reenvío internacional en los siguientes términos: "El reenvío internacional es una consecuencia de concebir al modo clásico las normas nacionales de derecho privado internacional. En efecto, si las normas de derecho privado internacional inglesas, p.e., tienen por objeto, conforme afirma la concepción clásica, deslindar el ámbito de competencia de los diversos derechos privados, deslindan asimismo el del derecho privado inglés; por lo tanto, cuando las normas francesas de derecho privado internacional declaren - aplicable cierta ley inglesa para regular la capacidad de un inglés domiciliado en París, es indispensable consultar asimismo las normas inglesas de derecho privado internacional para saber si la ley inglesa es competente o no para regular la capacidad de este inglés. Supóngase que las normas inglesas de derecho privado internacional señalen la ley del domicilio para regular la capacidad; en tal caso, la ley inglesa no puede ser aplicada (pues el inglés mencionado está

(47) NIBOYET, Jean Paulín. Op. Cit., Págs. 318 y 319.

domiciliado en París). En esta emergencia, Francia aceptará este reenvío (llamado de primer grado) que le hace el derecho privado internacional inglés, y aplicará en definitiva la ley francesa. Pero si el derecho privado internacional inglés declara aplicable al caso la ley de un tercer Estado (reenvío de segundo grado), es probable que Francia no acepte este reenvío que no conduce a la aplicación de su propia ley." (48)

III.- LA CALIFICACION.

En el capítulo primero de este modesto trabajo, nos hemos referido al problema de la calificación, y lo haremos en posteriores apartados.

Sobre el particular, nos parece aceptable la siguiente exposición: "El juez ante quien se plantea un conflicto de leyes, ha de comenzar - por analizar la naturaleza de la relación jurídica en litigio, calificándola en determinado sentido, mediante un raciocinio, una operación mental." (49) He aquí un ejemplo: "Supongamos que un holandés hace testamento en Bélgica, según el sistema francés, la forma del testamento está - comprendido en la forma de los actos, mientras - que para la ley holandesa es ésta una cuestión - de fondo. El testamento que este holandés ha - hecho en Bélgica conforme a la ley belga, ¿será

(48) ALFONSIN, Quintín. Nota sobre las nuevas - tendencias del derecho privado internacio-
nal. Montevideo, Uruguay, Revista de la Fa-
cultad de Derecho y Ciencias sociales, año
V, núm. 2, 1954. Pág. 278.

(49) ARUE, José Ramón De. Op. Cit. Pág. 229.

válido? ¿Prevalecerá la concepción holandesa sobre la concepción belga? Cada vez que al terminar si estamos en presencia de un derecho adquirido, haya que resolver una cuestión de calificación, esta calificación no puede ser otra que la del país donde se pretende hacer valer el derecho. Llegamos, pues, a la aplicación de la misma regla general: cada país es soberano dentro de sí y posee su propio derecho internacional - privado." (50)

IV.- EL INTERES NACIONAL

Esta excepción es de protección a los nacionales "para substituir la ley extranjera competente con la *lex fori*" (51)

Uno de los ejemplos más evocados, es el caso Lizardi: "Se trataba de un mexicano que había cumplido los veintiun años, pero que, según la legislación de su país --México--, no había alcanzado aún la mayoría de edad. Lizardi realizó ciertos contratos en Francia que normalmente deberían haber sido declarados nulos por defecto de capacidad, en virtud de la aplicación recíproca que la jurisprudencia francesa daba al párrafo 3o. del artículo 3o. del Código de Napoleón; no obstante, el tribunal declaró válido uno de aquellos contratos por estimar inaceptable que pudiera ser defraudada la buena fé con que procedieron los franceses que habían tenido relación contractual con Lizardi. Esta defensa del inte-

(50) NIBOYET, Jean Paulín. Op.Cit.Págs.273 y 274

(51) ALFONSIN, Quintín. Op. Cit. Pág. 279.

rés de las personas pertenecientes al país del juez justifica la denominación con que esta excepción a la aplicación de leyes extranjeras es conocida." (52)

IV.- ORDEN PUBLICO.

Por lo que se refiere al orden público, Si queiros expone: "Es el más importante de los parámetros, entre los autores alemanes se le conoce con el nombre de "Cláusula de reserva", entre los angloamericanos con el nombre de "política Pública", sin embargo a pesar de su importancia en ninguna legislación o jurisprudencia existe acuerdo sobre lo que debe entenderse por orden público.

Lo que se considera de orden público en una época puede dejar de ser considerado en otra. Ejemplo: el divorcio en el siglo pasado no era aceptado en México; pero en 1917 fue ya admitido, entonces el divorcio antes de 1917 era contra el orden público. Dentro del mismo divorcio hay diferencias entre los países que lo admiten, el divorcio por mutuo consentimiento existe en México y otros países en otros sólo aceptan el necesario y así habrá que probar que una parte es culpable y otra inocente, o las dos culpables. Otro caso clásico el de la investigación de la paternidad, esta era prohibida en los siglos XVIII y XIX, la consideraban como un escándalo, una acción innecesaria, ahora por razones de carácter humanitario ya se permite, ya se piensa ante todo en la protección al desamparado,

(52) MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Op. Cit., págs. 38 y 384.

en enmendar una acción mala de parte de un padre, ha habido un cambio de criterio. Antes los particulares podían obtener concesiones para explotar el petróleo, hoy en día esto lo prohíbe una disposición de orden público, ya que sólo Petroleos Mexicanos según el artículo 27 constitucional puede hacerlo. Esto tiene razones políticas y económicas.

En cuanto al lugar, el mismo ejemplo, mientras en México es contra del orden público que los particulares exploten el petróleo, en los Estados Unidos los particulares son los que lo hacen. En México es un delito la poligamia, en Arabia Saudita se admite por razones religiosas. El orden público es distinto. Se da el caso que en un mismo país, el orden público cambia de Estado a Estado; no hay concepto unánime." (53)

A.- CONCEPTO Y NATURALEZA DEL ORDEN PUBLICO

Un concepto de Orden público, deriva de la exposición de motivos de nuestro Código civil vigente para el Distrito y Territorios Federales, al referirse a la excepción de la aplicación de las leyes extranjeras, en los términos siguientes: "Se reconoce que la ley personal debe regir el estado y capacidad de las personas; pero que esa ley no se aplicará si pugna con alguna disposición de orden público. Se establece que se considera como ley personal la del domicilio, cuando los individuos tienen dos o más nacionalidad

(53) SIQUEIROS PRIETO, José Luis. Notas tomadas en la cátedra de Derecho internacional privado. (Facultad de Derecho, U.N.A.M.) México, 1965.

dades o no tienen ninguna, o cuando se trata de mexicanos que, siendo originarios de otras entidades federativas, ejecutan actos jurídicos en el Distrito o en los Territorios Federales. Se sujetó la aplicación de la ley personal cuando se trata de extranjeros al justo principio de reciprocidad, y se obliga a éstos, cuando contratan con mexicanos, a declarar su estatuto y las incapacidades que conforme a él tuviesen, so pena de que si no lo hacen o declaran falsamente, el contratante mexicano que ha procedido de buena fé tiene derecho de que se apliquen las disposiciones del Código Civil mexicano, aún tratándose del estado y capacidad del extranjero.

La capacidad de la persona para los actos jurídicos depende de su desarrollo físico o intelectual, que a su vez se determina por los factores peculiares de raza, de clima, de costumbre, de tradiciones, de idioma, etc. Por eso las leyes que rijan su capacidad deben ser leyes nacionales, que tienen en cuenta las expresadas circunstancias, y que especialmente han sido hechas en vista de las cualidades inmanentes y distintivas de los individuos a quienes se van a aplicar. Estas leyes deben regir a la persona a dondequiera que vaya, y sólo cuando estén en pugna con preceptos de orden público del país en que se realice el acto jurídico, no serán aplicadas, porque LOS PRECEPTOS DE ORDEN PUBLICO CONSTITUYEN LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE CADA NACION HA ADOPTADO PARA LA ORGANIZACION Y FUNCIONAMIENTO DE SUS MAS IMPORTANTES INSTITUCIONES SOCIALES."(54)

(54) Código Civil para el Distrito y Territorios Federales (Exposición de Motivos) 28a. edición. México, Porrúa, 1971. Pág. 10 y 11.

Existen dos corrientes en cuanto a la naturaleza del orden público: "una lo considera como remedio excepcional para evitar la aplicación del derecho extranjero que puede ocasionar un mal social y así lo entienden, por ejemplo, Savigny, Bartin y Niboyet; otra lo cree regla de competencia normal, tal como dice Pillet, además hay una doctrina intermedia expuesta por la escuela italiana." (55)

Comenzaremos por sintetizar a representantes de cada una de las primeras.

Savigny al hablar de colisión en una relación de derecho, reconoce que el juez, debe aplicar el derecho a que pertenece la relación litigiosa, sin distinguir si es local, o, de un Estado extranjero.

El autor que citamos así manifiesta: "Voy a tratar de referir todas estas excepciones a dos clases principales:

a).- Leyes de una naturaleza positiva y rigurosamente obligatoria, por lo cual no admiten esta libertad de apreciación que no tiene en cuenta los límites de los verdaderos Estados.

b).- Instituciones de un Estado extranjero cuya existencia no está reconocida en el nuestro, y que, por consiguiente, no pueden pretender la protección de los tribunales.

(55) LAZCANO, Carlos Alberto. Op. Cit., Pág.157.

a).- Leyes de una naturaleza positiva rigurosamente obligatorias.

Existe una clase de leyes absolutas cuyo único motivo y fin es el de garantizar por medio de reglas ciertas el ejercicio de los derechos y que, por consiguiente, han sido hechas exclusivamente en interés de los titulares del derecho.

Otra clase de leyes absolutas tiene por el contrario su motivo y su objeto fuera del dominio del derecho abstractamente concebido, de manera que no están hechas únicamente en interés de las personas titulares de los derechos. Las leyes de esta especie pueden tener por base un motivo moral; tal es la ley que prohíbe la poligamia. Pueden estar dictadas por motivo de interés general (pública utilitas), ya revistan un carácter político, ya de policía o de economía política; tales son varias leyes que restringen la adquisición de la propiedad inmueble para los judíos.

b).- Instituciones de un Estado extraño - cuya existencia no se encuentra en general reconocida por el nuestro.

El juez de un Estado que no reconoce la muerte civil de la legislación francesa o rusa, no aplicará la incapacidad jurídica resultante de la muerte civil impuesta en Francia o Rusia, aunque según las reglas generales sobre la colisión, la capacidad personal de los individuos esté determinada por el derecho de su domicilio. De igual manera, en un país donde es desconocida la esclavitud, el esclavo negro que en él resida

no será tratado como propiedad de su señor, ni como privado de la capacidad de derecho. Respecto a este último caso los dos puntos de vista que acabo de exponer conducen al mismo resultado. La esclavitud como institución de derecho no está reconocida entre nosotros y según nuestras ideas hay inmoralidad en tratar a un hombre como a una cosa. El primer motivo es también aplicable al caso de la muerte civil; pero no lo es el segundo, porque la muerte civil no es más inmoral que cualquiera otra pena más rigurosa." (56)

C.- DOCTRINA DE PILLET

La doctrina de Pillet sobre el orden público es demasiado extensa, por lo que también elaboraremos una síntesis, que sea entendible para el lector; ojalá logremos nuestro propósito. La formula de esta manera:

"Las leyes de orden público son territoriales. Este axioma parece contener la fórmula completa del derecho internacional de las leyes de orden público: en realidad expresa una verdad que, por sí sola, no resuelve los problemas que encierra esta difícil materia. He aquí su sentido. Desde el momento que una ley es reconocida como de orden público, debe de aplicarse con exclusión de toda otra en el territorio sometido al imperio del legislador que la ha dictado. El imperio de esta ley es absoluto; para ella no hay nacionales y extranjeros; en su territorio no hay más que súbditos. Pero este no basta para saber qué relaciones de derecho están some-

(56) SAVIGNY, M.F.C. De. Op. Cit. Tomo VI, págs. 142, a 145.

tidas a su imperio.

La enunciación de su territorialidad no determina los límites de su competencia.

Aquí, por el contrario, el campo de investigación es más extenso, y todos los países que una relación de derecho pueda tocar durante su existencia, tienen fundamento para aplicarle, cada uno según los casos, sus leyes de orden público. Estos países son numerosos. Lugar del nacimiento, ejecución y transformación de la relación jurídica, situación de la cosa objeto de la misma, domicilio de las partes interesadas, residencia del tribunal competente, son puntos situados, tal vez, en países diferentes, y que pueden ejercer influencia en la determinación de las leyes de orden público, cuyo efecto deba sufrir la relación jurídica de que se trata.

Esto no significa que una relación jurídica esté sometida indistintamente, y en todos sus aspectos, a las leyes de orden público de todos los países, con cuya legislación pueda encontrar se un contacto. Así, por ejemplo, es evidente que la territorialidad de las leyes de procedimientos o de competencia no le concierne más que cuando ha entrado en la fase judicial de su existencia.

De la misma manera que una relación jurídica, por los múltiples aspectos que presenta, puede estar sometida simultáneamente al imperio de varias leyes, así también puede estarlo, en cada momento de su vida y por las distintas face

tas que se puedan considerar en ella, a ciertas leyes de orden público, que en otros momentos y desde otros puntos de vista no le conciernen. - Ciertas leyes de orden público, por ejemplo, las fiscales, pueden tener en cuenta el nacimiento - de la relación jurídica, la cual, en este sentido, estará sometida a las leyes del país en que ha nacido. Otras se referirán a sus efectos, - y exigirán se tenga en cuenta la legislación del lugar en que se produzcan; otras aún, las transformaciones que puedan sufrir. Es claro que la ley territorial competente no será la misma.

El mismo método que nos permitió afirmar - que, en materia de estatuto personal, la ley competente es la nacional, nos servirá para determinar aquí cual es la competente en materia de orden público. Por tanto, la finalidad social de cada ley es la que nos permitirá delimitar su esfera de acción.

El Estado cuyo pabellón enarbola el buque es evidentemente el único interesado en que rija el orden a bordo; esto basta para establecer la competencia de sus leyes.

Unas leyes marítimas admiten cláusulas de no responsabilidad; otras, la rechazan. Según - la ley inglesa, el armador puede exonerarse, por contrato, de las responsabilidades de las faltas del capitán; la jurisprudencia francesa no lo permite. ¿Qué ley se aplicará a un transporte verificado entre los dos países por un buque inglés? La aplicación de la ley elegida por las partes, ni siquiera se discute.

La teoría de la determinación de la ley -

competente en materia de leyes de orden público no ha sido hecha todavía.

Las leyes de la situación, del comicio, del contrato, del lugar de ejecución, del pabellón, del fuero competente, reciben de ella sucesivamente su parte legítima de influencia; pero respetuosa de la voluntad de las partes en los límites que le son asignados por el poder público, respetuosa también de la vocación natural que posee la ley nacional para proteger a la persona, la teoría no permite la aplicación de estas diversas leyes más que cuando están en juego el orden público de los Estados que las han dictado.

Notemos, por lo demás, que esta teoría no compromete en nada la territorialidad de las leyes de orden público.

Por tanto, sólo se aplicará esta ley en cuanto que el acto, fuente de la responsabilidad, haya tenido por teatro el lugar en que aquella está en vigor; pero en los límites de este Estado será territorial y se aplicará a todas las personas, sin distinción de nacionales y extranjeros, domiciliados o no domiciliados.

Esto equivaldría a hacer imposible la aplicación del principio de la territorialidad de las leyes de orden público.

Si la regla de la territorialidad de las leyes de orden público puede ser considerada como de derecho internacional, sus aplicaciones

gozarán de efecto universal, y un Estado deberá considerar como nulo todo acto jurídico realizado en desprecio de la ley de orden público competente, aunque su propio orden público no esté interesado en el asunto." (57)

(57) PILLET, Antonio. Principios de Derecho internacional privado. Traducción de Nicolás Rodríguez y Carlos González Posada. Madrid, - 1923, tomo II, págs. 202 a 207 y 224 a 230.

CAPITULO CUARTO

DOCTRINAS SOBRE LA APLICACION DEL DERECHO EX- -
TRANJERO Y EL PRINCIPIO "JURA NOVIT CURIA" EN LA
LEGISLACION MEXICANA.

I.- INTRODUCCION.

II.- TEORIA SOBRE DERECHOS ADQUIRIDOS.

III.- BREVE EXPOSICION DE TEORIAS SOBRE LA
APLICACION DEL DERECHO EXTRANJERO.

A.- Teoría del Derecho Extranjero.

B.- Teoría de la Incorporación.

C.- Teoría de la Materialización.

IV.- NATURALEZA DE LA APLICACION DEL DERECHO
EXTRANJERO.

A.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.

B.- PROYECTO DE CODIGO CIVIL DE 1928 y SU
EXPOSICION DE MOTIVOS.

C.- EL PRINCIPIO "JURA NOVIT CURIA" EN LA
LEGISLACION ADJETIVA.

Hicimos la aseveración al principio de -- este apartado, que esta doctrina tiene vigencia parcial, a virtud que sufre excepciones, como lo son las siguientes:

"1o. Cuando la institución jurídica, sobre la cual se funda el derecho, no existe en otros países.

2o. Cuando el derecho en cuestión, es contrario al orden público del país donde se invoca." (61)

III.- BREVE EXPOSICION DE TEORIAS SOBRE LA APLICACION DEL DERECHO EXTRANJERO.

Una vez que un derecho subjetivo adquirido bajo la sanción de una ley extranjera, es reconocido en otro Estado, surge la interrogante, cuál es la naturaleza de esta ratificación, o nueva sanción del derecho subjetivo invocado en país diferente del que se adquirió. A continuación vamos a exponer solamente teorías del derecho extranjero y de la materialización, o sea, teorías que conceptúan el derecho extranjero como derecho y las otras como un mero hecho, subdividiéndose las primeras en teorías que consideran el derecho extranjero como cuestión de derecho y lo aplican como tal derecho extranjero, y las teorías de la incorporación, que sostienen la conversión del derecho extranjero en derecho indígena o nacional, conversión que se realiza por la referencia del último al derecho extranjero.

(61) NIBOYET, J. P. - Op. Cit. Pág. 292.

Frente a las teorías de la incorporación, legal y judicial, se encuentran las teorías de la materialización, sea, las que transforman el derecho extranjero en un mero hecho.

A.- Teoría del Derecho Extranjero.

En un caso concreto cuando el juez consulta su ley propia y observa que "contiene una norma de derecho internacional privado, que le indica que en el caso considerado debe aplicar una ley extranjera o el derecho extranjero, es éste el que debe aplicarse, es el derecho extranjero como derecho.

Esa aplicación de la ley extranjera debe hacerse, por consiguiente, con todas sus consecuencias, entre ellas, con la interpretación que se dé de la misma en el país de su procedencia, y, entendiendo por ley extranjera la siguiente concepción de Maury: "La ley extranjera o más bien el derecho extranjero, es, como lo dice el artículo segundo de la ley de Introducción al Código Civil alemán, toda norma jurídica, y puesto que se trata evidentemente de derecho positivo, toda norma jurídica eficaz, válida. El tribunal que debe aplicarla no debe, pues, indiscutiblemente, contentarse con el texto de la ley o del código; un texto legal no nos da a menudo más que una idea inexacta de la situación real que se considera que traduce y debe ser completada recurriendo a la jurisprudencia, a la práctica; la ley, por otra parte, no es casi nunca y cualquiera que sea la solución constitucional adoptada, la sola fuente del derecho: Hay un derecho extralegal, un derecho consuetudinario lato sensu, del que el derecho jurisprudencial no es más

que una parte. Es todo el derecho y el derecho tal como es, que es necesario tomar en consideración." (62)

B.- Teoría de la Incorporación.

Eduardo Trigueros Saravia, así expone esta doctrina:

"La teoría de la incorporación no pretende como la teoría de la personalidad o la teoría internacionalista, encontrar soluciones idénticas para todos los conflictos de leyes que se presentan en los Estados que integran la comunidad internacional.

La incorporación se realiza por una "verdadera y propia inserción en el ordenamiento propio de aquellas normas (extrañas) con el significado y con el valor que ellas tienen en el sistema para el cual se han dictado".

Cada Estado debe proveer en la esfera de su legislación interna a la resolución de los problemas de este tipo que se le presentan por medio de normas de aplicación de normas extrañas. Estas normas de aplicación tienen como efecto primordial la incorporación al derecho propio de normas integrantes de un sistema jurídico extraño. Esta incorporación se realiza paralelamente en dos formas diversas: por la incorporación de las normas generales y abstractas del sistema de

clarado aplicable cuando la actividad humana - que va a apreciarse se realiza dentro del ámbito de vigencia del sistema que contiene la norma incorporante; o bien incorporando la norma jurídica concreta formada por la realización de la hipótesis de una norma extraña cuando se trata - apreciar el efecto que en el sistema jurídico incorporante tendrá una actividad humana realizada fuera de su ámbito de vigencia." (63).

C.- Teoría de la Materialización.

Esta teoría, acepta el punto de partida de la teoría de Beale: "La ley es una disposición general por la cual el soberano se obliga a atribuir un derecho determinado a la realización de un conjunto de hechos, y una regla de derecho internacional privado, para Wigny, debe tener el mismo alcance. Se pregunta cuáles son los acontecimientos elegidos por el soberano territorial como condición necesaria y suficiente para la creación de un derecho interno. Recuerda que para Beale, este hecho sería el derecho extranjero. "Yo diría, expresa, que más bien el legislador exige la sobrevenida de los hechos enumerados en la ley interna extranjera para la creación de un derecho extranjero."

Pone este ejemplo: La validez de los contratos está sometida a la *lex loci*. ¿Qué signifi

(63) TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo. La aplicación de leyes extrañas. El problema fundamental. *Jus*, Revista de Derecho y Ciencias sociales. Tomo VI, Núm. 32. México, 1941, págs. 147 a 161.

ca ello? Dice: "Yo atribuyo un derecho de crédito a un conjunto de hechos. Yo mismo lo enumero; que las partes y el juez consulten la ley extranjera interna del lugar donde el pretendido contrato ha sido celebrado. Elijo como hechos creadores de uno de mis derechos, aquellos que esta misma ley exigiría para el nacimiento de uno de sus derechos si ella se aplicara".

En esta concepción, el juez no consulta la disposición extranjera como una ley, es decir, - como un texto cuyas prescripciones deban ser -- obligatoriamente seguidas; él las considera como un hecho, como una declaración que no tiene ninguna autoridad especial; le indica simplemente - otros hechos a los cuales su propio legislador - ha subordinado la creación de un derecho.

Goldschmidt afirma que Wigny "se enreda en la dificultad de que la ley nace después del hecho a que se refiere, porque la aplicación judicial es posterior al hecho, es decir, que todas las leyes captadas por el derecho indígena tienen efectos retroactivos, lo que se prohíbe en muchos países." (64)

IV.- NATURALEZA DE LA APLICACION DEL DERECHO EXTRANJERO.

Por la claridad con que expone Miaja de la Muela este apartado, bajo el rubro Técnica de Aplicación de la ley extranjera, seguimos a la letra su exposición: "En los casos en que la nor

(64) ROMERO DEL PRADO, Víctor N. Op. Cit. Tomo I, Págs. 498 a 503.

ma de conflicto declara como aplicable una ley - extranjera, no es suficiente con afirmar la naturaleza jurídica de esta ley, sino que es preciso deducir de esta idea fundamental una serie de - consecuencias acerca de las cuestiones de posible planteamiento para el juez que cumple el mandato contenido en la norma de conflicto de aplicar un derecho diferente al del foro.

Un principio general rige esta materia: el juez debe de aplicar la ley extranjera tal cual ésta es en realidad. Si se trata, por ejemplo, - del derecho italiano, el juez español debe aplicarlo en la misma forma y con igual contenido - que lo haría un tribunal de Roma o de Milán.

Este principio general puede desarrollarse en una serie de aplicaciones:

a) En cuanto a la integridad de derecho extranjero. Por ley extranjera aplicable hay que entender no sólo las reglas jurídicas que en el país de origen tengan la categoría formal de leyes, sino el resto del derecho escrito, el consuetudinario y la jurisprudencia en aquellos casos en que, aún no admitida como fuente formal - de derecho, lo es en sentido material.

b) Respecto a la jerarquía de las normas. Si esta jerarquía se encuentra claramente establecida en el país de origen, debe ser respetada por los tribunales del Estado cuya norma de conflicto declara competente a aquel derecho. Una cuestión de especial dificultad es la de si puede ser apreciada la inconstitucionalidad de la - ley aplicable por el juez del país que la impor-

ta, antes de que esta inconstitucionalidad haya sido declarada en el país de origen, o en el -- caso de que en éste no exista órgano jurisdiccional competente para esta declaración. El juez -- del país de importación debe proceder en este -- caso como haría el del Estado de donde procede -- la ley, pero hay un supuesto en que no podrá realizarlo, cuando lo que el último está obligado a hacer es suspender el procedimiento y acudir en consulta su tribunal constitucional.

c) Respecto al tiempo de vigencia, el juez que ha de aplicar un derecho extranjero tomará -- en consideración las mismas reglas que habrá de aplicar un tribunal del país donde aquel derecho está en vigor.

d) Si en el Estado cuyo derecho es aplicable coexisten varias legislaciones, la aplicable será la que resulte en virtud de las reglas de -- conflicto interprovinciales o interregionales de aquel Estado, es decir, una vez más se confirma la regla de que hay que hacer lo mismo que haría el juez del país cuyo derecho es aplicable.

e) En la interpretación del derecho extranjero se deben tener en cuenta los mismos elementos del proceso interpretativo que sean utilizados en el país de origen de la norma aplicable, para llegar, hasta donde sea posible, a las mismas soluciones que daría un tribunal del Estado de donde esta regla procede." (65)

(65) MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Op. Cit. Págs. 388 y 389.

V.- EL PRINCIPIO "JURA NOVIT CURIA" EN LA LEGISLACION MEXICANA.

A.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.

Brevemente vamos a retrotraernos a los primeros Códigos civiles y de procedimientos civiles, para observar la doctrina que los inspiró. La Comisión redactora, de manera expresa dice en la Exposición de motivos del Código civil de 1870: En varios artículos ha consignado la comisión los principios generalmente recibidos sobre el estatuto personal, cuidando de igualar la condición de mexicanos y extranjeros, y dejando en algunos casos a elección del interesado la ley a que en esencia deba sujetarse el acto.

La comisión creyó conveniente exigir, cuando el derecho se fundara en una ley extranjera, la prueba de que ella está vigente, el contraerse la obligación, en el lugar donde se ejecuta el acto; porque de otra manera se abrirá ancha puerta a la malicia, para fundar derechos de fatal trascendencia en leyes, que o nunca han regido o han sido abrogadas o derogadas en el país mismo en que alguna vez rigieron. El Código de Procedimientos establecerá las reglas de esta prueba.

Los artículos que pensamos son esenciales en materia de Derecho internacional privado en el Ordenamiento citado, son los numerales 13 a 19 inclusive y solamente transcribiremos el primero que así dice: "Las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas, son obligatorias para los mexicanos del Estado aún cuando

residan en el extranjero, respecto de los actos que deban ejecutarse en todo o en parte de la mencionada demarcación." (66)

Los anteriores artículos concuerdan con los numerales 12 a 17 inclusive y 19, respectivamente, del Código Civil de 1884. Vamos a recoger los comentarios sobre los mismos a virtud de la doctrina que contienen.

Sobre el artículo 12, cuya literalidad coincide con el número 13 del Código Civil de 1870, Mateos Alarcón hizo los siguientes comentarios:

"El conflicto de las leyes nacionales y de las extranjeras da origen a numerosas dificultades, para cuya solución establece el Código Civil las reglas contenidas en este artículo y los siguientes, tomadas de los principios generales del Derecho internacional privado. Tales reglas se refieren a las que constituyen los estatutos personales y real; a las relativas a la validez intrínseca, a la interpretación, a los efectos y a la ejecución de los contratos y últimas voluntades; a las concernientes a la forma extrínseca de los actos jurídicos y a las leyes de policía y seguridad; a las que tienen por objeto arreglar la condición jurídica de los bienes.

El estatuto personal comprende todas las leyes que tienen por objeto principal arreglar el estado y capacidad de las personas, para los

actos de la vida civil; por ejemplo, las leyes - que arreglan el estado y capacidad de los men-- res, el ejercicio de la patria potestad, el ma-- trimonio, el divorcio, la tutela, la legitima-- ción de los hijos habidos fuera del matrimonio, etc., forman el estatuto personal.

A estas leyes se refiere el artículo 12 - del código civil declarando que son obligatorias para los mexicanos; aún cuando residan en el ex-- tranjero, respecto de los actos que deben ejecu-- tarse en el Distrito Federal y en la Baja Cali-- fornia.

Este precepto no hace más que reproducir - el principio adoptado como fundamento de la teo-- ría de los estatutos y de la distinción de ellos, según la que, el estatuto personal es de obliga-- ción y de fuerza general en todas partes, sigue al individuo donde quiera que se halle, porque - es inherente a él, de tal manera que sólo lo -- puede perder con la nacionalidad, motivo por el cual se expresaba el efecto de las leyes persona - les por los jurisconsultos antiguos por la si-- guiente máxima: *personam sequitor sicut umbra, - sicut cicatrix in corpore.*" (67)

Con posterioridad al Código Civil de 1884, la Ley de Extranjería de 28 de mayo de 1886, es-- tableció los derechos y obligaciones de los ex--

(67) MATEOS ALARCON, Manuel. Código Civil del - Distrito Federal de 1884. Concordado y ano-- tado. México, 1904, Tomo I, Págs. 7 y 8.

tranjeros, cuyo artículo 32 preceptuaba: Sólo la ley federal puede modificar los derechos civiles de que gozan los extranjeros, por el principio de reciprocidad internacional y para que así queden sujetos en la República a las mismas incapacidades a que las leyes de su país impongan a los mexicanos que residan en él; en consecuencia, las disposiciones de los Códigos Civil y de procedimientos del Distrito sobre esta materia, tienen el carácter de federales y serán obligatorias en toda la Unión." (68)

B.- PROYECTO DE CODIGO CIVIL DE 1928 Y SU EXPOSICION DE MOTIVOS.

El artículo 12 del proyecto de 1928, contenía la siguiente literalidad: "El estado y capacidad de las personas, sus relaciones de familia y los derechos y obligaciones que de ellos emanan, se rigen por su ley personal, a menos que ésta pugne con alguna disposición de orden público.

La capacidad, el estado civil y las relaciones de familia de las personas que no tienen nacionalidad o tienen dos o más, así como los de los mexicanos que siendo originarios de otras Entidades Federativas ejecuten actos jurídicos en el Distrito o en los Territorios Federales, se rigen por las leyes de su domicilio.

(68) ZAVALA, Francisco J. Elementos de Derecho internacional privado. Segunda edición. México, Oficina Imp. de la Secretaría de Fomento, 1889. Pág. 295.

También se aplicará la ley del domicilio - en caso de que haya conflicto entre las diversas leyes personales de los interesados.

Las sucesiones legítimas o testamentarias, en lo que se refiere a la institución de heredero, al orden de suceder, a la cuantía de los derechos hereditarios o a la validez intrínseca de los testamentos, se regirán por la ley personal del autor de la sucesión, con la salvedad establecida en el párrafo lo. de este artículo.

Las disposiciones contenidas en los párrafos primero y cuarto se aplicarán a los extranjeros cualquiera que sea el lugar de la República donde residan, siempre que en sus respectivos - países se autorice que los mexicanos, en iguales casos, se rijan por su ley personal. Si falta - la reciprocidad, los extranjeros, en las mate- - rias de que se trata, quedarán sujetos a las disposiciones de este Código.

Tratándose de mexicanos que residan en el extranjero, las disposiciones de este Código se tendrán como ley personal a que deben sujetarse para los efectos del presente artículo.

El artículo 13, la siguiente: Los actos o contratos celebrados en el extranjero y que deben ser ejecutados en el Distrito o en los Territorios Federales, se regirán, en cuanto a sus consecuencias jurídicas, por las disposiciones de - este Código, en todo lo que no hubiere sido ex- - presa y legalmente determinado por los interesados.

El extranjero que en el Distrito o Territorios Federales, contrate con mexicanos, tiene obligación de declarar su estatuto y las incapacidades que conforme a él tuviere. Si no lo hace o declara falsamente, el contratante mexicano que haya procedido de buena fé tiene derecho de que se apliquen las disposiciones de este Código aún tratándose del estado y capacidad del extranjero." (69)

A estos artículos les correspondía el contenido de la siguiente exposición de motivos que se transcribe parcialmente: "En el proyecto se completó la teoría de los estatutos desarrollados en el Código de 84. Se reconoce que la ley personal debe regir el estado y capacidad de las personas; pero que esa ley no se aplicará si pugna con alguna disposición de orden público. Se establece que se considera como ley personal la del domicilio, cuando los individuos tienen dos o más nacionalidades o no tienen ninguna, o cuando se trata de mexicanos que, siendo originarios de otras entidades federativas, ejecutan actos jurídicos en el Distrito o en los Territorios Federales. Se sujetó la aplicación de la ley personal cuando se trata de extranjeros al justo principio de reciprocidad, y se obliga a éstos, cuando contraten con mexicanos, a declarar su estatuto y las incapacidades que conforme a él tuviesen, so pena de que si no lo hacen o declaran falsamente, el contratante mexicano que ha procedido de buena fé tiene derecho de que se apliquen las disposiciones del Código Civil mexicano, aún tratándose del estado y capacidad del extranjero."

jero.

La capacidad de la persona para los actos jurídicos depende de su desarrollo físico o intelectual, que a su vez se determina por los factores peculiares de raza, de clima, de costumbre, de tradiciones, de idioma, etc.

Sólo subsidiariamente, cuando las personas que no tienen nacionalidad, o cuando tienen dos o más, se ordena que se aplique la ley del domicilio; en el primer caso, porque no hay ley nacional que aplicar, y en segundo, porque no se sabría cual de las leyes nacionales debería preferirse." (70)

Como una medida de defensa de la política nacionalista, perfectamente justificada, pues - tiende a borrar injustas desigualdades contrarias a la solidaridad internacional, subordinó - la aplicación de la ley personal de los extranjeros que ejecuten actos jurídicos en la república a la condición de reciprocidad."

"Los artículos proyectados fueron modificados fundamentalmente por la Secretaría de Relaciones Exteriores y aprobados posteriormente por las Cámaras Legislativas, omitiéndose lamentablemente reformar la parte conducente de la Exposición de Motivos." (71)

(70) CODIGO CIVIL VIGENTE DE 1928. Exposición de motivos. 1970.

(71) SIQUEIROS PRIETO, José Luis, Síntesis del derecho internacional privado. (Panorama del Derecho Mexicano). Instituto de Derecho Comparado. U.N.A.M., México, 1965, Pág. 61.

El Código civil entró en vigor a partir de lo. de octubre de 1932.

García Téllez hizo las siguientes observaciones :

"Nuestro territorio próximo al de los Estados Unidos..., presenta un campo para magnificas inversiones... Los dueños de este capital, apoyados en la ley personal, han recurrido a sus -cancillerías para emplear la presión diplomática en contra de los intereses nacionales del subsuelo. Es, pues, necesario, que se aplique la ley del domicilio a fin de evitar todo alegato sobre la supremacía de la ley nacional americana sobre la legislación mexicana, aún aquella que se refiere al estado y capacidad civil de los extranjeros.

Continuando con la legislación de 84, nuestros nacionales perdían la protección del gobierno en los efectos jurídicos de sus relaciones familiares cuando residían en un país regido por -la ley del domicilio, como acontecía a nuestros trabajadores emigrados al Norte. En cambio, a los hijos del país donde imperaba la ley del domicilio, aún residiendo en nuestra patria, no se les aplicaban las leyes mexicanas porque respetábamos su nacionalidad, estableciendo así una desigualdad de tratamiento que no gozaba siquiera del principio de la reciprocidad internacional.

Consideraciones análogas han inducido a -los países latinoamericanos, como Argentina Uruguay, Paraguay, Guatemala, etc., y a los Congresos de Montevideo y Río de Janeiro, a optar por

la ley del domicilio y a uniformar su legislación para defenderse de las tendencias imperialistas, que reclamen una legislación privilegiada para sus nacionales. Recordamos también que nuestro país, con una gran extensión territorial, necesita estimular la inmigración que fomente nuestra producción y capacitación técnica; de prosperar la inmigración, podría suceder que la población fuese tan numerosa y variada, que demantenerse los principios del estatuto personal, privarían en las relaciones de familia más leyes extranjeras que las propias, entorpeciendo no sólo las operaciones contractuales, sino también la administración de justicia." (72)

El artículo 32 de la ley Vallarta transcrito arriba, es el antecedente inmediato del actual numeral 50 de la ley de Nacionalidad y naturalización que en su texto manifiesta: "Sólo la Ley Federal puede modificar y restringir los derechos civiles de que gozan los extranjeros; en consecuencia, esta ley y las disposiciones de los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles del Distrito Federal sobre esta materia, tienen el carácter de federales y serán obligatorias en toda la Unión." (73) Auxiliada por otras leyes reglamentarias, entre las que mencionaremos solamente la Ley General de Población en sus artículos 70 y 71 establece limitaciones a los extranjeros en la realización de determinados actos, -

(72) GARCIA TELLEZ, Ignacio. MOTIVOS, COLABORACION Y CONCORDANCIAS DEL NUEVO CODIGO CIVIL MEXICANO. México, 1932, Págs. 8-9.

(73) Ley de Nacionalidad y Naturalización. Ediciones Andrade. México, 1945.

en cuyo contenido se puede leer lo siguiente:

"Art. 70.- Los oficiales del Registro Civil no celebrarán ningún acto del estado civil - en que intervenga algún extranjero sin la comprobación previa, por parte de éste, de su legal estancia en el país. Tratándose de matrimonios de extranjeros con mexicanos deberán exigir además la autorización de la Secretaría de Gobernación."

"Art. 71.- Los extranjeros sólo podrán adquirir bienes raíces, acciones o derechos reales sobre los mismos, previo permiso de la Secretaría de Gobernación.

Todas las autoridades de la República, sean federales, locales o municipales, así como los - Notarios Públicos, los que sustituyan a éstos o hagan sus veces, los Contadores Públicos Titulados y Corredores de Comercio, están obligados a exigir a los extranjeros que tramiten ante ellos asuntos de su competencia, que previamente les - comprueben su legal residencia en el país y que sus condiciones y calidad migratoria les permitan realizar el acto o contrato de que se trate o, en su defecto, el permiso especial de la Secretaría de Gobernación." (74)

Resulta por lo tanto que los actos del estado civil que debe realizar un extranjero como

(74) ECHANOVE TRUJILLO, Carlos A. Manual del Extranjero. 7a. edición. México, Porrúa, 1965. Págs. 17 y 18.

la modificación de los derechos civiles de que gozan, se sujetarán a las leyes federales.

C.- EL PRINCIPIO "JURA NOVIT CURIA" EN LA LEGISLACION ADJETIVA.

A partir del Código Civil vigente, dejó de mencionarse en la legislación sustantiva, la obligación de probar la ley extranjera cuando al quien invocara un derecho adquirido bajo el ampáro de esta última.

Tanto en materia federal como en local, - encontramos el siguiente imperativo: Sólo los - hechos están sujetos a prueba; el derecho lo estarán únicamente cuando se funde en leyes extrangeras o en usos, costumbres o jurisprudencia.

El anterior contenido lo encontramos en el artículo 284 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales, mismo que concuerda con el artículo 86 del Código - Federal de Procedimientos Civiles. El primero - va más allá de la prueba de la ley extranjera, - en virtud que el artículo 395, sanciona el arbitrio de los tribunales en cuanto a la recepción oral de las pruebas, de poder exigir se presente en el acto mismo cuando se invoque jurispruden-cia, doctrinas o LEYES DE LOS ESTADOS. Pensamos que en lo conducente es contrario a lo preceptuado por el artículo 121 constitucional en su fracción IV, que a la letra dice: Los actos del estádo civil ajustados a las leyes de un Estado, tendrán validez en los otros.

De lo expuesto, podemos afirmar que nues--

tra legislación es territorialista, y si en materia de estado y capacidad de las personas, se invoca un derecho subjetivo adquirido y sancionado por una ley extranjera, debe probarse no solamente la existencia de la misma que nuestra ley equipara a un hecho, sino además corresponde a las partes contendientes su individualización, valoración, interpretación y jurisprudencia sobre la misma.

De lo dicho anteriormente, el principio "JURA NOVIT CURIA" que quiere decir que "los tribunales saben el derecho y que gozan de la facultad de determinarlo y declarar cuál es la norma aplicable al caso litigioso, sin estar vinculados por lo que las partes hayan hecho valer en el proceso..." (75), sufre excepciones en materia de derecho extranjero al que nuestra legislación equipara a un hecho.

(75) PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. 2a.edición. México, Porrúa, 1956. Págs. 408 y 409.

C O N C L U S I O N E S

PRIMERA.- Los Códigos Civiles de 1870 y - 1884, en materia de estado y capacidad de las - personas, adoptan el sistema del estatuto personal.

SEGUNDA.- El Proyecto de Código Civil de - 1928, en su Exposición de Motivos adopta una postura idealista internacionalista, con la limitación de que no se viole el orden público, inclinándose por la reciprocidad en materia de extranjería.

TERCERA.- La Exposición de Motivos, sin estar acorde con el Código Civil vigente, contiene la doctrina que lo inspiró, además de hacer una delimitación del orden público en cuanto al estado y capacidad de los extranjeros, que considera constituido por los principios fundamentales que cada nación adopta para la organización y funcionamiento de sus más importantes instituciones sociales.

CUARTA.- La legislación sustantiva en cuanto al "Principio Jura Novit Curia", suprimió en el Código Civil vigente, la prueba de la ley extranjera, acorde con la técnica jurídica procesal, en razón a que debe estar dentro de un capítulo de prueba en el derecho adjetivo, tanto en materia local, como federal.

QUINTA.- Estamos de acuerdo en que sea la legislación federal, la que debe sancionar un de

recho adquirido al amparo de una ley extranjera, a virtud que las leyes reglamentarias de la Constitución en materia de extranjería, son obligatorias para toda la Unión y con la posibilidad de dar criterios uniformes.

SEXTA.- En materia local, cuando se invoque un derecho adquirido, debe de probarse la existencia de la ley que lo sanciona, sólo cuando no exista la institución que se pretenda hacer valer.

SEPTIMA.- La ley extranjera es equiparada al hecho y una vez que ha sido demostrada su aplicación al derecho subjetivo que se invoca, vuelve a ratificarse o no la existencia del mismo, sin que ello signifique que incorporemos el derecho objetivo extranjero a nuestra legislación.

B I B L I O G R A F I A

- ALFONSIN, Quintín.- Nota Sobre las Nuevas Tendencias del Derecho Privado Internacional. - (En Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales). Año V. No. 2 Uruguay, Montevideo. Uruguay 1954.
- ALFONSIN, Quintín.- Teoría del Derecho Privado Internacional. Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, Uruguay. Uruguay 1955.
- BARCIA TRELLES, Camilo.- Derecho Internacional Privado. Primera Edición. Editorial Reus Madrid. 1962.
- CARRILLO, Jorge Aurelio.- Apuntes para la Cátedra de Derecho Internacional Privado. Publicación de Universidad Iberoamericana. - México. 1965.
- CARRILLO, Jorge Aurelio.- Matrimonio y Divorcio en México, a la Luz del Derecho Internacional Privado. Revista de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M. Tomo XIV, No. 56 México. 1964.
- CODIGO CIVIL FRANCES, Concordancia entre él, y los Códigos Extranjeros. Traducción del francés por D.F. Berlanga Huerta, y D.J. Muñiz Miranda Segunda Edición. Madrid 1847.

- ESTEVA RUIZ, Roberto A.- Apuntes de Derecho Internacional Privado. Segunda Edición mimeo gráfica. México. 1937.
- LAZCANO, Carlos Alberto.- Derecho Internacional Privado. La Plata, Argentina. Argentina - 1965.
- JITTA, J. .- Método de Derecho Internacional Privado. Traducción de J.F. Prida s/f. (Editorial La España Moderna) Madrid.
- MATEOS ALARCON, Manuel.- Código Civil del Distrito (1884), concordado y anotado. Tomo I. México. 1904.
- MAURY, J.- Derecho Internacional Privado. Traducción del Francés por el Sr. Lic. José - M. Cajica Jr. Puebla, Pue. México 1949.
- MIAJA DE LA MUELA, Adolfo.- Derecho Internacional Privado. Tercera edición Tomo Primero. Madrid. 1962.
- NIBOYET, J.P. .- Principios de Derecho Internacional Privado. Madrid. 1930.
- ORTOLAN, M. .- Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano. Madrid. 1912.

ORUE, José Ramón De.- Manual de Derecho Internacional Privado Español. Madrid. 1928.

PALLARES, Eduardo.- Diccionario de Derecho Procesal Civil. Segunda Edición Editorial Porrúa. México. 1956.

PILLET, Antonio.- Principios de Derecho Internacional Privado. Traducción de Nicolás Rodríguez y Carlos González Posada. Tomo II Madrid. 1923.