



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
"ACATLAN"

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

LOS "PRINCIPIOS UNIVERSALES" DEL  
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN MATERIA  
GENERAL. (CODIGO CIVIL).

**T E S I S**  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
**P R E S E N T A :**  
**GUSTAVO FRANCISCO CASTRO CORTES**



ASESOR DE TESIS  
LIC. ROGELIO RODRIGUEZ ALBORES



ACATLAN, EDO. DE MEXICO

1994



Universidad Nacional  
Autónoma de México



## **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 está 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.

Sé que es difícil dar las gracias cuando una sólo palabra no es suficiente si se ha recibido tanto, sin embargo, para mí es tan importante cumplir con la meta que hace algunos años me propuse, que al no haber palabra semejante y suficiente para expresar lo que ahora siento, quiero hacerlo de esta manera:

Gracias primero que nada a mis padres y hermanos por el apoyo, el cariño y el ánimo que me brindaron y que me siguen brindando, para lograr la realización de este trabajo y la culminación de mis estudios profesionales, mismos que hasta ahora me han dado grandes satisfacciones.

Gracias a la "Escuela Nacional de Estudios Profesionales" "ACATLAN" (U.N.A.M.) por la formación académica que me proporcionó; al igual que a mis profesores, quienes fueron directamente los que se esforzaron por transmitirnos lo mejor de sus conocimientos.

Gracias a mi esposa por el apoyo, su ánimo y admiración para seguir superándome y ser mejor cada día, siendo a su vez un pilar en mi vida.

Gracias a mis compañeros y amigos, porque además de brindarme su apoyo y ayuda tan desinteresadamente, para llevar a cabo la realización de este trabajo, me han dado algo que en mi vida marcará un lugar muy especial, su amistad, admiración y respeto.

Y por último, un agradecimiento muy especial a quien ha sido el guía más importante en mi vida, ya que sin su ayuda, no tendría ahora tanto como tengo y no sería lo que soy.

A Dios, porque en los momentos difíciles, siempre ha estado a mi lado . . .

G R A C I A S

## CONTENIDO

INTRODUCCION	1
--------------	---

### CAPITULO I

#### JUSTIFICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y SU EVOLUCION DOCTRINAL.

1.-	Justificación del Derecho Internacional Privado.	11
2.-	Evolución Doctrinal.	13
2.1	La Escuela Romana.	13
2.2	El Feudalismo.	14
2.3	Los Glosadores y los Post-Glosadores.	14
2.4	La Escuela Estatutaria Francesa.	16
2.5	La Escuela Holandesa o Teoría Holandesa de la Cortesía.	17
	Pablo Voet (1619-1677)	

Juan Voet (1647-1714).

Ulrich Huber (1636-1694).

2.5.1	Teoria de Cristian Rodenburgo.	17
3.-	Doctrinas Modernas.	18
3.1	Teoria de Federico Carlos de Savigny (1779-1861).	18
3.2	Teoria de Carlos Von Waechter (1797-1880).	19
3.3	Teoria de la Autolimitación.	20
3.4	Teoria de Antoine Pillet (1857-1926) y Jean Paulin Niboyet (1886-1952).	20
3.5	Teoria de Ernest Frankestein (1935).	21
3.6	Teoria de Pasquale Stanislao Mancini (1817-1888).	21
3.7	Teoria de Ernest Zitelmann (1912).	22
3.8	Teoria de Dionisio Anzilotti (1898).	23
3.9	Teoria Inglesa.	23
3.10	Teoria de Dicey (1896).	24
3.11	Teoria de Joseph Story (1779-1845).	24
3.12	Teoria de Joseph H. Beale (1935).	25
3.13	Teoria de Ernest G. Lorenzen.	25
3.14	Teoria de Pierre Arminjon (1927).	26
3.15	Teoria de Pacchioni (1935).	26

3.16 Teoría de Roberto Ago.	26
4.- Conclusión.	27

## CAPÍTULO II

### MÉTODOS DE SOLUCIÓN A CONFLICTOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

1.- Reseña Introdutoria a la Hipótesis de la Norma Aplicable en el Derecho Internacional Privado.	29
2.- Breves referencias de los Métodos Utilizados en el Derecho Internacional Privado.	30
2.1 Método Personalista.	30
2.2 Método Internacionalista.	31
2.3 Método Internista.	31
2.4 Método según Martin Wolff.	31
2.5 Método Bilateral.	32
2.6 Método según Goldschmidt.	32
2.6.1 Método Indirecto.	32
2.6.2 Método Analítico.	34

2.6.3	Método Sintético Judicial.	35
3.-	Conclusión.	36

### CAPITULO III.

#### LA NORMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

1.-	Definiciones acerca de la Norma de Derecho Internacional Privado.	39
1.1	Definición de Bonnecase.	39
1.2	Definición de Rojina Villegas.	40
2.-	Clasificación de la Norma de Derecho Internacional Privado.	41
2.1	Clasificación de la Norma según Gracia Maynez.	41
2.2	Análisis de la Norma según Werner Goldschmidt.	43
2.2.1	Análisis de la Norma según Miaja de la Muela.	44
3.-	Elementos de la Norma.	47
3.1	Característica Positiva del Tipo Legal.	47

3.2	Característica Negativa del Tipo Legal o Fraude a la Ley.	47
3.2.1	Definición de Fraude a la Ley según Niboyet.	48
3.2.2	Fraude a la Ley según Goldschmidt.	48
4.-	La aplicación de la Norma según su punto de conexión.	49
4.1	Definición del Punto de conexión de la Norma según Miaja de la Muela.	49
5.-	Posibles soluciones para la aplicación de la Norma de Derecho Internacional Privado.	51
5.1	1er. Solución.	51
5.2	2a. Solución.	52
5.3	3a. Solución o Reenvío.	52
5.3.1	Reenvío Doble.	53
6.-	Diversas Teorías para determinar la Norma Aplicable en un Conflicto de Leyes.	53
6.1	Teoría de la Incorporación	54
6.1.1	Definición según Roberto Ago sobre la Teoría de la Incorporación.	54
6.1.2	Definición según Eduardo Trigueros sobre la Teoría de la Incorporación.	55
7.-	Características Negativa del Tipo Legal o fraude a la Ley.	55
7.1	Definición del Orden Público según Gaxiola.	56

7.2	Definición del Orden público según Wolff.	56
8.-	Opinión Personal acerca del Orden Público.	57

#### CAPITULO IV.

#### LOS LLAMADOS "PRINCIPIOS UNIVERSALES" DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

1.-	Reseña Histórica y comentarios adicionales al presente trabajo (parte introductoria).	58
2.-	Los Principios Universales dentro de la Legislación Mexicana (Reformas de 1988 en Materia del Derecho Internacional Privado).	61
2.1	Exposición de Motivos y Antecedentes de las Reformas.	61
3.-	Contenido de las Reformas (Código Civil del Distrito Federal en Materia común y para toda la República en Materia Federal).	65
3.1	Artículo 12 del Código Civil.	67
3.2	Artículo 13 del Código Civil.	68
3.3	Artículo 14 del Código Civil.	72
3.4	Artículo 15 del Código Civil.	76
3.5	Referencia de los demás Artículos Reformados	78

4.-	Definición de Rojina Villegas sobre el estado de la persona.	81
4.1	Capacidad Jurídica.	81
5.-	Conclusión Final.	82
	CONCLUSIONES.	90
	BIBLIOGRAFIA.	91

## INTRODUCCION

El presente trabajo intenta Introducir y Reflejar los conceptos más importantes del Derecho Internacional Privado, comenzando por su definición:

El Derecho Internacional Privado, es un conjunto de principios que tiene por objeto determinar la norma aplicable en los casos de vigencia simultánea de normas jurídicas pertenecientes a distintos Estados que pretenden regir una situación concreta, estudiando la Nacionalidad por ser uno de los principales puntos de conexión y la Extranjería, por ser un supuesto necesario para que se produzca un conflicto de Leyes. Por consiguiente, si no se reconociera la calidad del extranjero, no existiría conflicto, surgiría la Delegación de Justicia, pero por dar el reconocimiento al extranjero surge el conflicto necesario aunque con un mínimo de derechos.

El Derecho Internacional Privado podría determinarse como Derecho Mixto, pero con tendencia al Derecho Público. Los franceses lo toman como buen ejemplo de Derecho Mixto, como los aspectos de Nacionalidad y Extranjería serían cuestiones de Derecho Público, y la Filiación, Estado Civil, Patrimonio, Matrimonio, etc., cuestiones de Derecho Privado. Existen razones para determinarlo Internacional Privado, que son las siguientes:

## INTERNACIONAL:

- a) El ámbito en que se desenvuelve la situación jurídica concreta, rebasa las Fronteras Nacionales.
- b) Muchas normas del Derecho Internacional Privado, son Fuentes Internacionales, como los Tratados.
- c) El objeto del Derecho Internacional Privado es el mantenimiento de su finalidad que es el Tráfico Jurídico Internacional.
- d) Que la costumbre lo determina así.

## PRIVADO:

- 1.- Porque es para "Diferenciar" esta Doctrina, con el Derecho Internacional Público y a los sujetos del Derecho Internacional.
- 2.- El "uso" ha consagrado este objetivo.
- 3.- No se ha dado hasta ahora otra denominación con impacto, como para terminar con la terminología equivocada.

Entonces podríamos comentar que se considera más internacional que privado, por sus simples razones.

Para poder comprender mejor esta situación, mencionaremos la existencia de las diferencias entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho Internacional Público, que son:

#### DERECHO INTERNO

1) Existe norma superior, que es la Constitución.

2) Existe un proceso legislativo.

3) Existe sistema de jerarquización de la norma.

4) Regula amplias gamas de conductas.

#### DERECHO INTERNACIONAL

No hay una norma superior.

No existen legisladores.

No existe jerarquización.

Regula algún tipo específico de conducta.

#### DERECHO PRIVADO

Organismos-Personas o-individuos Físicas o Morales.

#### DERECHO PUBLICO

Estados u organismos Internacionales.

#### PUNTO DE VISTA SUBJETIVO

## PUNTO DE VISTA OBJETIVO

Norma de Carácter privado,  
Derecho Nacional.

Norma de carácter internacio-  
nal. Surgen de dos o más sujetos  
de Derecho Internacional.

Ahora bien, reafirmaremos estos comentarios, mencionando las fuentes de Derecho Internacional Privado, es donde brota, emana, o da origen; es la forma de expresión del Derecho, autoridad que dicta una disposición jurídica.

Dentro de la clasificación de las fuentes, encontramos: las Históricas, las Reales y las Formales.

Las Históricas.-Son documentos como base, pero que con el transcurso del tiempo pierden vigencia.

Las Reales.- Acontecimientos, hechos que dan origen a la norma, son factores o elementos de materia jurídica que determinan el contenido de la norma.

Las Formales.-Es la manifestación o expresión de Derecho.

En la Doctrina Mexicana, estas fuentes formales pueden ser a nivel nacional e internacional.

A nivel Nacional son:

- Ley.
- Costumbre.
- Jurisprudencia.

A nivel Internacional son:

- Tratados.
- Costumbre Internacional.
- Jurisprudencia Internacional.

Se podría considerar una tercera que es:

- Comunes:
- Doctrina de los autores.
  - Principios Generales del Derecho.

La Ley.-Es la fuente principal del Derecho Mexicano, pero en Materia del Derecho Internacional Privado, es poco numerosa y existe la dispersión de la norma. Por eso nos abocaremos al Código Civil vigente y sus reformas. Porque existen pocas disposiciones al Derecho Internacional Privado, en materia conflictual.

La Costumbre.- Tiene 2 elementos esenciales para reconocerle su fuerza obligatoria.

a) La Inveterata Consuetudo.- Se deben considerar actos repetitivos.

b) Opiniū Iures Necesitates .- Subjetivo o Sicológico, es el carácter obligatorio de este comportamiento.

Y a su vez tiene 2 grandes desventajas:

- 1.- Es imprecisa.- Porque no está establecida en ningún texto.
- 2.- No obstante ser Derecho, la costumbre debe probarse.

Entonces podemos establecer que la costumbre en el Derecho Mexicano se considera como fuente mediata o indirecta, ya que su valor deriva de la Ley, pero no tiene fuerza obligatoria, ya que ninguna otra norma le da validez. Por consiguiente, la costumbre no soluciona las lagunas legales de la Ley.

Jurisprudencia: En sentido amplio, es el conjunto de decisiones de los Tribunales y de manera más precisa las interpretaciones de los jueces a la Regla de Derecho.

Esta interpretación debe de ser de manera uniforme y así crea la fuerza del precedente en algunos sistemas, puede ser obligatorio en nuestro Derecho Internacional Privado, por la importancia que enseña a los jueces cómo cierta

situación ha sido interpretada y resuelta.

Las Fuentes Internacionales son:

Tratados.- Es la expresión libre de la voluntad de los sujetos de la comunidad internacional, constituye el Derecho Escrito y se da entre estos sujetos.

La Costumbre Internacional.- Es la doble o múltiple manifestación de voluntades de sujetos de la comunidad internacional con intención lícita de crear, modificar, extinguir, transmitir, conservar, aclamar, respetar, etc., derechos y obligaciones. Es por eso que el Tratado Internacional está llamado a ser una fuente principal dentro de la materia, que es el idóneo para resolver los problemas de índole *Ius Privatista*. Pero podría existir discrepancia entre el tratado y la legislación o leyes internas, por ejemplo: La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y previendo esta situación, se elevaría a rango constitucional y sería la forma de dirimir los conflictos entre las leyes internas y las leyes internacionales, y así establecer la legislación de la supremacía del tratado sobre la legislación interna.

Otra solución sería la de establecer igualdad o la supremacía de la Ley Interna sobre la Ley Internacional.

La Costumbre Internacional.- Es el consentimiento de las Naciones expreso o tácito, que da origen a la costumbre ; es una verdadera convención internacional de carácter tácito, ratificada por la tradición, es también una repetición del sujeto del Derecho Internacional de actos semejantes de manera continua, que hacen presumir el consentimiento de los Estados, al igual que la costumbre interna requiere de los elementos objetivo y subjetivo, y estos serán referidos a sujetos del Derecho Internacional:

- a) La Inveterata Consuetudo.- Es lo repetitivo.
- b) *Opiniu Iures Necesitates*.- Es la obligatoriedad.

La importancia del Derecho Público en esta disciplina del Derecho Internacional Privado, juega un rol casi inexistente, ya que la costumbre nacional llega al cometido que se reserva a la costumbre internacional, además de que las normas del Derecho Internacional Privado son fundamentalmente nacionales.

Pero existen autores que incluyen una serie de principios que perduran a través del tiempo y que han sido recogidos por diversas Legislaciones, estos pueden ser:

La *Lex Lucus Regit Actum* .- Es la Ley del lugar donde se rige el acto. Las Formalidades de los actos o contratos son reguladas donde se celebra el mismo.

La Lex Rei Sitae.- Las cosas se rigen por el lugar en que se encuentran o donde están situadas.

Mobilia Sequuntur Personam.- Los bienes muebles siguen a las personas donde se encuentran y el juez competente es el del lugar del domicilio.

La Lex Fori.- La Ley del Foro o Tribunal, el procedimiento estará determinado por la Ley del lugar donde se encuentra el Tribunal.

Este es el tema a seguir en el presente trabajo, y se tratará de aportar los instrumentos necesarios para su estudio.

Las Fuentes Comunes son:

La Doctrina.- Pertenece a los 2 ámbitos, Nacional e Internacional, es el estudio científico de los juristas acerca del Derecho, ya sea con el propósito teórico de sistematización de sus preceptos, y con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación que carecen en general de su fuerza obligatoria, pero algunas disposiciones legales le pueden dar este carácter, de este modo, la doctrina sería una fuente indirecta y depende de otra fuente formal, la Ley puede darle validez a la doctrina.

En el Derecho Internacional Privado, por su carácter, la Doctrina juega un roll muy importante, porque puede influir en los jueces y en los legisladores, a veces no es considerada por los Tribunales, pero cuando son preceptos oscuros, tiene influencia directa de la Doctrina o la Jurisprudencia.

Los buenos Legisladores Políticos, se hacen asegurar por expertos en la materia, las normas que dictan, influenciada por la Doctrina de los Autores, orienta e influye al legislador y al aplicador de Derecho.

Por último, mencionaremos los Principios Generales del Derecho.

Podría existir discrepancia, por lo que se entiende en estos términos, para nosotros estos principios se deben referir a las ideas centrales de un ordenamiento jurídico determinado, referido a un sistema jurídico concreto.

Finalmente conviene hacer notar que este trabajo es el reflejo de la investigación; que intenta establecer la importancia de mantener estos principios actualizados y sujetos a un proceso de revisión periódica que permita dar la iniciativa de adecuación y modificación de los conceptos doctrinales históricos, teóricos y prácticos que puedan surgir del presente trabajo.

## CAPITULO I

### JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y SU EVOLUCIÓN DOCTRINAL.

#### 1.- Justificación del Derecho Internacional Privado.

Cada individuo es diferente de sus semejantes; es más o menos inteligente que ellos, más o menos fuerte, sensible, saludable, audaz, generoso, etc., sólo es idéntico a sí mismo y así vive en constante relación con los otros individuos que lo conocen, comprenden y toleran en cierto grado. Los hombres tratan de convivir, generalmente en armonía, aunque no siempre lo logran.

El clima, la altitud, la latitud, la raza, el medio ambiente, la religión, son fuerzas todas juntas que unen o separan, formándose grupos humanos. Con el tiempo, estos grupos se convierten en Naciones y Estados.

Es una característica esencial del hombre, su predisposición a la lucha contra todo, principalmente contra él mismo, es decir, contra los hombres. Nace el Derecho, es como una moneda: por un lado es defensa y por el otro ataque. El ataque y luego la defensa, limitan lo propio y lo ajeno. El hombre refleja su manera de ser en el grupo y luego en el Estado y tal como el hombre está rodeado

de hombres, el Estado vive rodeado de otros Estados; y naturalmente, lo propio y lo ajeno están muchas veces, claramente limitados, pero a veces se confunden.

El hombre necesita en numerosas ocasiones de los demás-de lo ajeno-para vivir mejor, y por ello llega hasta a reprimir los instintos: es la regulación de los instintos, lo que origina las leyes. También los Estados necesitan de lo ajeno que les es útil; emplean fuerza, la guerra y cuando no se conviene pagar en reciprocidad, conceden algo que necesitan los demás.

Cada Estado tiene sus cosas propias, entre ellas su propio derecho, más o menos diferentes de los demás. Los nacionales de un Estado, observan su derecho e ignoran los derechos extranjeros.

Así como los Estados conviven, sus derechos coexisten. Los hombres viajan de un país a otro, se comunican con individuos extranjeros y claro, surge la necesidad inaplazable de celebrar actos jurídicos fuera de su propio país. ¿Qué normas son las que van a regir esas relaciones en las que intervienen extranjeros, cuyos actos nacen en un país y se consuman en otro, teniendo por objeto bienes que se encuentran en un país distinto?. Esas son normas de una rama del Derecho que conocemos como Derecho Internacional Privado y a cuya evolución nos referiremos.

## **2.- Evolución Doctrinal.**

### **2.1 Escuela Romana.**

Es en Roma donde el Derecho antiguo aparece más sólido, brillante y universal. Su política imperialista la convirtió en singular metrópoli. Sus juristas creyeron conveniente permitir a los extranjeros el acceso a los tribunales. Algunos filósofos, Cicerón entre ellos, se opusieron vehementemente a considerar iguales a los hombres "porque cuando se otorga igual honor a los más encumbrados y a los más bajos-que por necesidad los ha de haber en todo pueblo-la propia igualdad es el colmo de la justicia" (1).

Sin embargo, Eduardo Trigueros afirma que en el año 242 A. C., se creó el "praetor peregrinus", con el objeto de aplicar el Derecho entre extranjeros y ciudadanos. Se le permitió aplicar derechos y costumbres ajenos cuando lo creyera justo y conveniente. Y poco a poco, se fue formando el Jus Gentium, distinto del Jus Civile, que fue adquiriendo las proporciones de una ley común a todas las naciones.

(1) Citada por Michael Grant "El Mundo Romano". Traducción de Luis Gil. Madrid 1960.

A la caída del Imperio Romano, los bárbaros invadieron su territorio y cada quién consideraba vigente su propio derecho. Allí nació lo que posteriormente se conoció como " estatuto personal ". Dondequiera que una persona iba, llevaba consigo el derecho de su origen. Los bárbaros no llegaron a resolver los problemas que esta situación creaba.

## **2.2 El Feudalismo.**

Con el Feudalismo, el derecho se fue haciendo más territorial y el siglo XIII, vio como florecía el comercio mediterráneo y se complicaba la elección del sistema jurídico aplicable. En un principio, los jueces aplicaron su propio derecho y se planteó el problema de determinar qué juez era el que tenía jurisdicción.

## **2.3 Los Glosadores y los Post-Glosadores.**

Aparecen los Glosadores y los Post-Glosadores que comentaban el derecho romano, considerándolo superior a los demás. El derecho de las ciudades-estados italianos estaba contenido en estatutos y era el derecho local que muchas veces chocaba con el derecho común.

Y a fines del siglo XII, Aldrico se preguntaba: "¿Qué pasa si hombres de diversas provincias, que tienen diversas costumbres, deben litigar bajo un derecho?. La respuesta de Aldrico fue insatisfactoria y ambigua: el juez aplicaría el derecho que le pareciera mejor y más útil" (2).

Los Post- Glosadores investigaron la posibilidad de que los estatutos locales derogaran el derecho romano y éste último les dio la solución: la ley especial posterior deroga a la anterior, dice uno de sus principios. Había que saber ahora si el estatuto era de carácter personal o real, es decir, si predominaría el cosmopolitalismo o el chauvinismo, como lo califica Werner Goldschmidt.

Bártolo de Sasso Ferrato (siglo XIV) sabía que un estatuto era real o personal, atendiendo al orden de las palabras. Si decía: "una persona adquiere bienes...", era un estatuto personal. Si el estatuto decía: "Los bienes son adquiridos...", entonces era real.

(2) Wolff, Martin. "Derecho Internacional Privado". Traducción española de la 2a Edición Inglesa. Bosch, Casa Editorial. Barcelona 1958, Pág. 20.

## 2.4 La Escuela Estatutaria Francesa.

El renacimiento lo impulsó todo. Es uno de los momentos fascinantes de la humanidad. Entonces nació la Escuela Estatutaria Francesa que quedó sintetizada en la célebre frase de Camille Demoulin : "Toutes les costumes son Tréelles". Luego enmendo el terreno y aceptó que hay costumbres con efectos extraterritoriales : "La voluntad de las partes en los contratos debe ser extraterritorial, por ser superior a la ley" (3).

Bertrand D'Argentré, contemporáneo de Demoulin, es un feudalista radical. Si hay duda, dice, concluyamos que el estatuto es real. Generalmente son reales y excepcionalmente personales. Hay otra escuela estatutaria que aparece también en Francia durante el siglo XVIII.

Froland Boullenois y Bouhier son sus más distinguidos representantes que insisten en las ideas de sus antecesores. Todavía en el siglo XIX el francés Lainé se adhiere al pensamiento de Bártolo.

- (3) Trigueros S. Eduardo. "La Evolución Doctrinal del Derecho Internacional Privado". Volumen IV de los Trabajos Jurídicos de Homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su XXV Aniversario. Editorial Polis. México, D.F. 1938, Pág. 43.

## **2.5 La Escuela Holandesa o Teoría Holandesa de la Cortesía.**

En los países bajos, tuvo mucho éxito el pensamiento de D'Argentré durante el siglo XVII. El escritor flamenco Nicolás Burgundus (1586-1649), afirma que las leyes deben ser territoriales como las referentes a la capacidad y al Estado.

### **2.5.1 Teoría de Christian Rodenburg (1618-1688).**

Christian Rodenburg, de Holanda, añade que la extraterritorialidad es una necesidad de hecho y que la territorialidad es una necesidad de derecho.

Pablo Voet (1610 - 1677). Juan Voet (1647-1714), padre e hijo respectivamente, son también holandeses y territorialistas. Manifiestan que esa necesidad de hecho es una "Comitas Gentium", es solamente por cortesía que una ley puede ser calificada de extraterritorial. El principio de "locus regit actum", no es obligatorio y pueden las partes someterse a las leyes del lugar donde se encuentran los bienes relativos al negocio. Ulrich Huber (1636-1694), resume su teoría en 3 puntos:

1.- Las leyes son territoriales, sólo se aplican en el territorio nacional y a todos sus súbditos.

2.- Súbdito es toda persona que temporal o permanentemente se encuentre en el territorio nacional.

3.- Los soberanos de los Estados respetarán los efectos de la ley extranjera por cortesía, siempre que no lesionen a sus súbditos.

Esta escuela de la cortesía ha tenido gran trascendencia, la que se refleja en la tesis anglosajona. Hoy la cortesía internacional se conoce también como reciprocidad.

### **3.- Doctrinas Modernas.**

#### **3.1 Teoría de Federico Carlos de Savigny (1779-1861).**

Al siglo XIX debemos las teorías científicas a las que pertenecen la Escuela Histórica y la Positivista. La primera, también llamada Romántica, tiene en Carlos Federico de Savigny su más distinguido representante. Este autor se perfila ya dentro de la corriente internacionalista, de cuya importancia nos daremos cuenta más adelante.

Se preocupa por el campo de acción de los derechos de diversos países y opina que el conjunto de derechos forma una comunidad jurídica que existe de la misma manera que existe una comunidad internacional de las leyes. En esa comunidad jurídica hay que buscar y escoger la norma adecuada que regule una relación donde hay un elemento extraño.

"Toda relación, dice, tiene o ha de considerarse que tiene su sede en un determinado sistema de derecho" (4).

Ahora bien, el juez no podrá aplicar el derecho de la sede de la relación, cuando en el país del juez haya una norma rigurosamente obligatoria que regule la relación o cuando esa relación sea desconocida o esté prohibida por las leyes del juez.

Manifiesta Savigny que la observancia de las leyes extrañas debe ser permanente y que las leyes deben ser contempladas como iguales todas ellas; en esta afirmación descansa su criterio internacionalista.

### **3.2 Teoría de Carlos Von Waechter (1797-1880).**

Diversas posturas adoptan los positivistas que califican al Derecho Internacional Privado de interno. Waechter, uno de sus principales exponentes, parte de la división de poderes y expresa que el legislador no está sujeto a ninguna norma superior extraña para dictar cualquier ley, inclusive a aquellas que ordenen la aplicación de una norma extranjera. Si el legislador ha guardado silencio, el juez aplicará analógicamente otra norma.

(4) Trigueros S. Eduardo. Obra citada. Pág. 70.

### **3.3 Teoría de la Autolimitación.**

Otra doctrina internista es la que confiere a las normas la posibilidad de fijar su propia esfera de acción; es decir, una norma tendría el carácter extraterritorial cuando así lo disponga ella misma. Naturalmente que los regímenes jurídicos extranjeros deberán coincidir en dicha consideración para que pueda surtir sus efectos extraterritoriales. A este punto de vista lo conocemos como la Teoría de la Autolimitación.

### **3.4 Teoría de Antoine Pillet (1857-1926) y Jean Paulin Niboyet (1886-1952).**

Antoine Pillet y J. P. Niboyet, afirman que el respeto entre los países acentúa su independencia y que los "conflictos" entre las diversas soberanías deben resolverse teniendo en cuenta la permanencia o la generalidad que persiga la ley; y estas cualidades deben determinarse por el respeto a los derechos adquiridos o el fin social que persiga la ley respectivamente.

### **3.5 Teoría de Ernest Frankenstein (1935).**

El deseo de que todas las legislaciones estén acordes en la regulación de relaciones que contengan uno o varios elementos extranjeros, se manifiestan en el pensamiento de Frankenstein. Según él, la ley nacional es la que regula la conducta del individuo, aún cuando ella misma pueda prescribir la aplicación de una ley extranjera. Las instituciones públicas se someterán a su ley creadora y las cosas estarán reguladas por la ley del lugar donde están ubicadas. Finalmente, da el marcado acento internista a su teoría, al afirmar que el derecho interno es libre para aplicar la norma que quiera, aún en el caso de que la resolución resulte arbitraria; pero ésta no tendrá efectos extraterritoriales, pues los principios universales no se lo permiten.

### **3.6 Teoría de Pasquale Stanislao Mancini (1817-1888).**

Entre el Internacionalismo y el Internismo aparecen, como siempre los eclécticos. Así consideramos a Stanislao Mancini (siglo XIX) que fue el jefe de la Escuela Italiana Moderna. Su hondo deseo de ver unificada su patria, lo llevó a elaborar una doctrina que a pesar de su fuerte sabor nacionalista, advierte la necesidad de observar una parte importante del derecho extranjero. Clasifica a las normas jurídicas en necesarias, voluntarias y de orden público. Sus ideas fundamentales se ilustran en el cuadro siguiente:

	<b>REGLAS NECESARIAS</b>	<b>REGLAS VOLUNTARIAS</b>	<b>REGLAS DE ORDEN PUBLICO</b>
<b>OBJETO</b>	Estado y capacidad.	Negocios y bienes.	Derecho público y partes de Derecho Privado.
<b>LEY APLICABLE</b>	Ley Nacional.	Ley escogida por las partes	Ley territorial.
<b>RAZON</b>	Personalidad de las leyes	Autonomía de la voluntad.	Soberanía.

### **3.7 Teoría de Ernest Zitelmann (1912).**

Ernest Zitelmann, admite la existencia de principios emanados de un derecho superior a los que deben acogerse los Estados Soberanos al dictar normas que resuelvan conflictos de leyes. Esos principios están llamados a llenar las lagunas que deja el Derecho Interno, determinando el radio de acción de los distintos ordenamientos jurídicos.

Concluye dividiendo a la soberanía en "personal y territorial". Mediante la primera el individuo se ve acompañado, siempre y en cualquier parte, de los deberes y derechos que su ley nacional le impone y reconoce. La soberanía territorial faculta al Estado para ordenar, prohibir o permitir, dentro de su propio territorio la conducta que él crea conveniente.

### **3.8 Teoría de Dionisio Anzilotti (1898).**

Otro ecléctico, Anzilotti, nos dice que el Derecho Internacional Privado es formalmente interno y materialmente internacional. Agrega que para solucionar un conflicto de leyes se requiere la existencia de una autoridad superior al Estado. "El Legislador Nacional, obra como 'Negotiarum Gestor' del ausente legislador internacional" (5).

### **3.9 Teoría Inglesa.**

El punto de vista sustentado por los ingleses también es muy interesante. Hasta fines del siglo XVII aplicaban exclusivamente sus propias leyes y eventualmente se presentaban problemas para determinar la competencia de los tribunales. "Va contra el derecho de las naciones, pronunció Lord Nottingham en el caso Cottington, no dar crédito a los juicios y sentencias de países extranjeros. ¿Porqué razón casi tiene un reino de renovar la sentencia de otro?, ¿y qué confusión se seguiría en la cristiandad, si hiciesen lo mismo con nosotros en el extranjero y no dieran ningún crédito a nuestras sentencias?". (6).

- (5) Goldschmidt Werner. "Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado". Tomo 1, 2a. Edición. Ediciones Jurídicas Europa- América. Buenos Aires, 1952. Pág. 184.
- (6) Wolff, Martin. Obra citada. Pág. 29.

### **3.10 Teoría de Dicey (1896).**

La teoría holandesa de la cortesía internacional impresionó a la mayoría de los ingleses y la adoptaron como propia, pero hubo algunos que la rechazaron; entre ellos destacó Dicey, que la reprobó argumentando que "cortesía" equivalía a capricho y que no era por capricho que se respetaba a los demás soberanos, sino por un ideal de justicia en primer lugar, y por utilidad y conveniencia, secundariamente.

### **3.11 Teoría de Joseph Story (1779-1845).**

Entre los norteamericanos, Joseph Story (siglo XIX), magistrado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos y profesor de la Universidad de Harvard, sigue a la Escuela Holandesa y a Huber en particular, pero su criterio es radicalmente empírico, casuístico, mira con desconfianza el exceso de teoricismo jurídico y desprecia las discusiones sobre teorías a las que calificaba de inútiles.

"Propuso que las Leyes de un Estado no pueden tener fuerza más allá de los límites territoriales y de la Jurisdicción del País que las dicta y que se imponen jurídicamente a sus propios súbditos y a los extranjeros que residan dentro de sus fronteras. Las demás Naciones no están sometidas a tales leyes.

Esto quiere decir que las normas carecen de vigencia en el exterior, que cabe la posibilidad de la aplicación extraterritorial de la Ley como una excepción en razón de la comity: La Comity está fundada en la necesidad moral de hacer justicia para que en otros países también se haga justicia". (7)

### **3.12 Teoría de Joseph H. Beale (1935).**

La escuela de Harvard, cuyo dirigente es Beale, señala que "cuando un juicio es planteado en relación de hechos realizados fuera del territorio de la corte, ésta da efectos, no a la ley extranjera como tal, sino a un derecho creado por la Ley extranjera", según explica con sencillez el profesor Texano, George Wilfred Stumberg (8)

### **3.13 Teoría de Ernest G. Lorenzen.**

Lorenzen, distinguido miembro de la escuela de Yale, manifiesta que ante una situación jurídica con elementos extranjeros, el juez nacional adopta la norma extranjera procedente como si fuera su propia ley.

- (7) Arellano García Carlos. "Derecho Internacional Privado". Ed. Porrúa 1980. Pág 595.
- (8) Gallardo Vázquez, Guillermo. "Precisión y Universalización de los Fundamentos Teóricos y Filosóficos del Derecho Internacional Privado". Conferencia publicada por el ilustre y nacional Colegio de Abogados de México, en su II Centenario 1960. Pág. 198.

En los tiempos modernos las teorías son más evolucionadas y ofrecen sistemas más efectivos para solucionar los conflictos de leyes.

### **3.14 Teoría de Pierre Arminjon (1927).**

Pierre Arminjon señala que las normas de Derecho Internacional Privado comparten la naturaleza de las demás normas jurídicas con la única diferencia que el objeto de aquéllas consiste en escoger el sistema competente, ya sea dentro de la facultad legislativa o jurisdiccional.

### **3.15 Teoría de Pacchioni (1935).**

Giovanni Pacchioni ve al Derecho Internacional Privado como un conjunto de reglas que ordenan la recepción de normas extranjeras.

### **3.16 Teoría de Roberto Ago**

Por último, Roberto Ago profesor de la Universidad de Milán, sostiene que la norma de Derecho Internacional Privado es de carácter indirecto, pues incorpora a su propio derecho nacional la norma extranjera y le da, de esta manera, eficacia jurídica.

#### 4.- Conclusión.

Hemos visto que ha sido una constante preocupación del hombre, el establecimiento de sólidas bases que sustenten la convivencia pacífica. La pluralidad de Estados con diversos ordenamientos jurídicos, y la asombrosa facilidad con que el hombre y su pensamiento se desplazan en el espacio, han convertido el Derecho Internacional Privado en un elemento indispensable de la vida cotidiana. En vista de ello, se siguen elaborando fórmulas y teorías que faciliten las relaciones de todos los hombres de la tierra. El derecho tiene la obligación de aceptarlos y unirlos, de mantener y proteger esa unión a pesar de las profundas diferencias que existan entre ellos.

Revisamos muy brevemente las doctrinas que han impulsado la evolución de esta importante materia. Cada una de ellas es congruente con ella misma, con sus fundamentos, sus principios y su época. Un objeto puede apreciarse desde múltiples puntos de vista y desde cada uno de estos se le observará de diferente manera. Los romanos crearon un sistema acorde a sus necesidades y a sus principios filosóficos, políticos y jurídicos.

Los glosadores y los post-glosadores, ajustaron sus pensamientos a una época en la que las exigencias naturales de los pueblos, plasmados en sus estatutos locales no correspondían, en muchas ocasiones, a lo consagrado por el derecho romano. Los estatutarios franceses se inclinan por el territorialismo de las leyes como consecuencia del régimen feudal y alguno adopta esta postura para defender la independencia de Bretaña, que era su patria. Los holandeses y

flamencos reflejaban su natural manera de ser en su escuela. Los holandeses cuyo pequeño territorio lo han prolongado ganándole tierra al mar, también se pronunciaron por el territorialismo del derecho y crearon la teoría de la cortesía internacional. Los ingleses- aislados en toda la extensión de la palabra-, se adhirieron al territorialismo holandés. A Savigny, le toca vivir un singular momento histórico. El romanticismo; movimiento que determina la sentencia de su teoría. Contra esta escuela reacciona al positivismo, que cree en un derecho interno más de acuerdo con la realidad y la soberanía de los estados.

El eclecticismo que nace de dichas corrientes, pretende conciliarlas, elaborando teorías que establecen un paralelismo entre la norma universal de Derecho Público y la norma del Derecho Interno; y concluye que aunque éste último modificará su dirección, la norma universal seguiría siendo vigente.

Las tesis modernas de Arminjon, Pacchioni y Ago, nos ofrecen panoramas más amplios, de alto valor científico y que responden a una época de mayor complejidad humana.

## CAPITULO II

### METODOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

#### **1.- Reseña Introdutoria a la hipótesis de la norma Aplicable en el Derecho Internacional Privado.**

Ya hemos visto cual ha sido el trayecto que ha seguido la doctrina en materia de Derecho Internacional Privado, desde Roma hasta nuestros días. Nos hemos detenido momentáneamente a contemplar algunas de las principales teorías que han buscado solución al problema de coexistencia de diversas leyes. Cada teoría pretende alcanzar las soluciones ideales empleando métodos, naturalmente.

La coexistencia de diferentes sistemas legislativos en diversos territorios, aparentemente no extraña ningún problema, pero cuando la conducta del hombre rebasa los límites territoriales de un Estado, es decir los límites de ámbito espacial de vigencia de su derecho nacional, surge automáticamente la duda-y con ella el problema-al escoger el derecho al cual debe someterse, pues la hipótesis normativa se realiza fuera del imperio de su propia ley y la consecuencia jurídica permite la aplicación de una norma proveniente de otro orden jurídico que da validez a la conducta antes referida. Esta es la razón por la que los métodos legislativos y

judiciales en el Derecho Internacional Privado son distintos de los de otras disciplinas jurídicas. Hay métodos territorialistas-que ya conocemos-, que someten a todos los individuos nacionales o extranjeros, que temporal o permanentemente se encuentran en un determinado lugar, al derecho vigente en ese territorio. Legislativa y jurisdiccionalmente hablando, reconocen sólo aquella conducta que se realiza en ese territorio. Aquí sólo quedan incluidas hipótesis normativas y consecuencias jurídicas que se llevan a cabo en el territorio nacional.

## **2.- Breves referencias de los Métodos utilizados en Derecho Internacional Privado.**

### **2.1 Método Personalista.**

El personalismo, de diversa manera, nos lleva a considerar a todos los hombres sujetos de su propio derecho nacional, siempre y en cualquier parte donde se hayan. Esto quiere decir que nada importa bajo el imperio de qué ley se manifieste la hipótesis normativa, pues la consecuencia jurídica prescribirá siempre la aplicación de la Ley Nacional a la conducta del sujeto.

## **2.2 Método Internacionalista.**

La corriente internacionalista aporta el método que consiste en la observancia de leyes superiores, en jerarquía al Derecho Interno de cada país. Esas leyes serán las encargadas de resolver las cuestiones de Derecho Internacional Privado; nos dirán mediante reglas fijas y perfectamente establecidas, cuál es la consecuencia jurídica de las hipótesis normativas realizadas en el extranjero.

## **2.3 Método Internista.**

El Método Internista, como su mismo nombre lo indica, ofrece sus soluciones en el mismo ordenamiento interno de cada Estado, salvaguardando de este modo, el concepto de soberanía en su más elevada expresión. Las reglas a que me refiero en el párrafo anterior nos serán proporcionadas por nuestro derecho propio.

Junto a estas manifestaciones puras que acabo de exponer, han aparecido posturas eclécticas que tratan de conciliar a los diversos métodos.

## **2.4 Método según Martin Wolff.**

Martin Wolff agrega a la lista los métodos que el denomina unilateral y bilateral. El primero determina "las condiciones según las cuales rige el caso, el

derecho interno de x" (1). Es decir, es el propio derecho interno el que directamente resuelve el caso planteado.

## **2.5 Método Bilateral.**

El método bilateral establece cuál es el derecho extranjero aplicable en el caso que sea improcedente el derecho interno.

## **2.6 Método según Goldschmidt.**

Werner Goldschmidt es quien con mayor claridad nos da una sencilla y profunda visión de la metodología en el campo del Derecho Internacional Privado.

Afirma la existencia de tres métodos fundamentales: el indirecto, el analítico y el sintético judicial.

### **2.6.1 Método Indirecto.**

El primero de ellos, parte de la idea según la cual el Derecho Internacional Privado no soluciona los problemas en cuanto a su fondo, sino que se contenta con señalar el orden jurídico aplicable al caso. Estamos ante un método que se

(1) Wolff, Martin. Obra citada. Pág. 92.

sustenta en un principio de respeto a los demás ordenamientos legales y que representa el más genuino ideal de la tolerancia jurídica como conducta de "una comunidad política hacia los demás: las reconoce como iguales y las trata cada una según su particular manera de ser" (2).

El *jus gentium*, como en su oportunidad vimos, era una rama especial del Derecho Romano que resolvía los problemas por medio de sus propias normas, es decir, directamente. Era pues, un derecho interno que no tenía que recurrir a ningún derecho extraño para solucionar una cuestión en la que apareciera un elemento extranjero.

Fue un glosador, Acursio el que hizo famoso el método indirecto, que ya había sido utilizado con anterioridad a él, pero no se le había dado la importancia que este glosador le concedió. Viendo que una Constitución Imperial Romana debía aplicarse a los pueblos sometidos al propio gobierno imperial, concluía que a un súbdito de esa Ley, hallándose en el extranjero, se le debía aplicar su derecho nacional.

El método indirecto, ha sido objeto de diversos matices. Algunos dicen que mediante su empleo se aplica el Derecho Extranjero. Otros afirman que este método nacionaliza la Ley Extranjera, es decir, la convierte en derecho interno. Otros más, los que creen en la existencia de normas supraestatales, señalan que el

(2) Goldschmidt, Werner. Obra citada. Pág 162.

Derecho Interno las aplica o nacionaliza de manera obligatoria o simplemente las toma en cuenta como un consejo o una opinión en lo relativo a su jurisdicción o legislación propia.

### **2.6.2 Método analítico.**

El segundo método que es objeto de nuestro estudio, es el denominado analítico. Este responde a la necesidad que surge de la existencia de actos muy complejos que en muchas ocasiones, afirma Goldschmidt, no pueden ser resueltos por los métodos indirectos. Trátese de casos que contienen cinco o seis elementos extranjeros diversos, ligado cada uno de ellos con diferente ordenamiento jurídico.

Este método prescribe la desintegración del caso en todos sus elementos, procediendo inmediatamente a investigar cuál es el derecho al que cada uno de estos elementos componentes está sometido. Ahora bien, esa desintegración tiene que llevarse a cabo mediante la adopción de un criterio determinado. A veces, la Ley de Derecho Internacional Privado, guarda silencio respecto a algunos casos cuya solución se busca. Entonces habrá dos caminos para analizarlos. El primero, que corresponde a las teorías analógicas, nos ofrece la solución desprendiéndola de otro ordenamiento jurídico similar como lo hizo Savigny, que era ante todo, un civilista que "tradujo" la conocida teoría de la sede-de origen civil-el lenguaje del Derecho Internacional Privado, y afirmaba este autor, que cada problema del Derecho Civil, entrañaba uno de Derecho Internacional Privado. Esta era la razón de sus "traducciones" y de su idea de emplear sus

métodos civilistas en el campo iusprivatista internacional. El otro camino es el que siguen las teorías autárcticas que manifiestan que los principios que deben inspirar esta clase de análisis, son específicos del Derecho Internacional Privado y que no hay que recurrir a ninguna rama del Derecho en busca de ellos.

El método analítico, decíamos, descompone el caso, fraccionándolo. Una vez que hayamos vinculado cada elemento con su derecho correspondiente, habrá que integrar al caso nuevamente. Esta será una labor de síntesis que nos permitirá tener una visión de conjunto de los elementos que componen el caso, como los apreciamos al principio, pero esta vez cada elemento está referido a su propio derecho.

### **2.6.3 Método Sintético Judicial.**

En este momento, ya vislumbramos el tercer método que nos enseña Goldschmidt y que conocemos bajo el nombre de Método Sintético Judicial.

Este considera que es el juez el único sujeto encargado de juntar todas esas partes del "rompecabezas" en una labor que persigue su armonía y congruencia.

### 3.- Conclusión.

Hasta aquí el pensamiento de Goldschmidt en lo relativo a la metodología de las tantas veces mencionada rama del derecho. A nuestra manera de ver, los tres métodos antes apuntados, ofrecen la posibilidad de su empleo simultáneo en la resolución de un determinado conflicto. Encontramos una estrecha relación de interdependencia lógica entre los tres, por lo que afirmamos que no sólo son conciliables entre ellos, sino que la ausencia de uno de ellos restaría eficacia a los otros dos, que se verían privados de gran parte de sus consecuencias. Y es fácil advertir esta ligazón, si tenemos en cuenta que el método indirecto resuelve con gran eficacia los problemas que contengan un elemento extranjero, pero necesita del análisis en el caso de que existan pluralidad de elementos extranjeros. Y un análisis que proponga soluciones para cada uno de los elementos particulares no debe dejarlos en ese estado de desintegración, sino que por el contrario, una vez propuestas las soluciones parciales habrá que reintegrar todos esos elementos y para ello la tarea de síntesis resulta indispensable. Dicha tarea no puede quedar en otras manos que en las del juez, debido a que ésta es una tarea de índole jurisdiccional.

Con lo anterior, quiero decir que al presentarse una hipótesis normativa, ésta a su vez puede descomponerse en varias hipótesis parciales, cada una de las cuales requerirá ser vinculada en un derecho diferente. Hasta aquí las consecuencias jurídicas habrán requerido el empleo del método indirecto-referencia a otro derecho que puede o no nacionalizarse- y del método analítico

-desintegración en varias hipótesis-. La síntesis - necesidad ineludible-, modificará el contexto de la hipótesis en su aspecto global y su consecuencia jurídica nos indicará el cambio a seguir.

Históricamente los métodos que hemos apuntado, han sido empleados principalmente en la labor jurisdiccional; y esto es explicable, teniendo en cuenta que la legislación iusprivatista internacional es algo muy nuevo. Algunos autores que creen que el Derecho es lo mismo que la Ley, sostienen que el Derecho Internacional Privado no existió en Roma, porque no se dieron normas para la aplicación de leyes extrañas; y es que en la antigüedad - sistema romano, glosadores, post-glosadores, estatutarios franceses-, se observaba el problema desde distinto punto de vista : ellos querían saber si tal o cual Ley era extraterritorial y no se preocuparon por dictar normas que determinaran las situaciones de Derecho que debieran estar regidas por leyes extranjeras.

Ya las doctrinas científicas enfocan el problema desde el punto de vista legislativo. El internacionalismo quiere codificar las normas de conflicto que serán de carácter supraestatal y quedarán consagradas en tratados normativos. Y por su parte el internismo propone que esas reglas de conflicto sean dictadas por el poder legislativo interno de cada Estado.

Ago, Arminjon y Pacchioni son autores, cuyo punto de vista es claro y sencillo. Nuestra disciplina es creadora indirecta de derecho: señala la aplicación

de un orden jurídico extraño. Y esto no es sino la consecuencia jurídica de la hipótesis normativa realizada fuera del imperio de su ley nacional.

La norma internacional privada debe decirnos cuándo y cómo debe aplicarse una ley extranjera. Ya no es el juez el que nos dice si una ley es territorial o extraterritorial; es la norma jurídica la que indica cuáles son aquellas otras que deben ser reguladas por leyes extrañas o extranjeras.

## CAPITULO I I I

### LA NORMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ya tenemos una idea del aspecto que presenta la evolución de nuestra materia. Hemos contemplado diversos puntos de vista; y los hemos ubicado en el tiempo y en el espacio. Apuntamos la existencia de los principales métodos con los que trabaja esta ciencia, y los explicamos y valoramos.

Lo anterior lo expusimos en dos secciones aparentemente independientes, pero ligadas estrechamente en el fondo; nuestra disciplina la descomponemos en varias partes, para facilitar su comprensión, pero esas partes guardan una íntima e indisoluble relación entre ellas mismas. Su unidad es plenamente armónica, como ya lo hemos observado. Y las pausas, en cualquier expresión humana que impliquen un trayecto, son indispensables y además valiosas. Por ello, no abandonaremos este ritmo.

#### **1.- Definiciones acerca de la Norma de Derecho Internacional Privado.**

##### **1.1 Definición de Bonnecase.**

Ha llegado el momento para referimos a la norma de Derecho Internacional Privado. Desde el punto de vista formal Bonnecase define a la norma jurídica

como "una regla de Derecho directamente emanada del poder legislativo y sancionada con la firma de Jefe del Estado, o promulgada por él mediante un decreto" (1).

## **1.2 Definición de Rojina Villegas.**

Materialmente hablando, Rojina Villegas puntualiza que "se entiende por Ley toda disposición de orden general abstracta y obligatoria, que dispone no para un caso determinado, sino para situaciones generales". (2).

A la norma iusprivatista internacional podemos definirla empleando los conceptos anteriores y agregar una característica más, también de carácter esencial: se trata de una norma de vinculación. Esto quiere decir que su aplicación nos remitirá a otro ordenamiento jurídico en busca de la norma aplicable al fondo del problema.

- (1) Citada por Rafael Rojina Villegas. "Derecho Civil Mexicano". Tomo I, 3a Edición. Librería Robledo. México, D. F. Pág. 204.
- (2) Rojina Villegas, Rafael. Obra citada. Pág. 206.

## **2.- Clasificación de la norma de Derecho Internacional Privado.**

### **2.1 Clasificación de la Norma según García Maynez.**

García Maynez hizo una clasificación de las normas de Derecho que nos parece bastante completa. A la luz de esa clasificación general, nosotros determinamos el lugar que debe ocupar la norma de esta materia.

Desde el punto de vista del sistema al que pertenece, es una norma nacional. Quienes se adhieran a la corriente internacionalista afirmarán que se trata de una norma internacional.

Encuentra su origen en una fuente formal (el poder legislativo que la formula) y una fuente real (el legislador que se ve presionado por la realidad social).

Teniendo en cuenta que su ámbito material de validez es el Derecho Público; esta afirmación tiene valor ya sea desde el punto de vista de la teoría del interés en juego o de la teoría de la naturaleza de la relación.

Su ámbito temporal de validez, nos lleva a calificarla como indeterminada.

De acuerdo con su ámbito espacial de validez, es interna porque sólo se aplica en el territorio nacional.

En cuanto a su ámbito personal de validez señalamos que se trata de una norma en general y abstracta que obliga a todos los que lleven a cabo el supuesto que la misma norma encierra.

Por su jerarquía, la norma objeto de nuestro estudio tendrá carácter de constitucional, ordinaria o bien reglamentada, de acuerdo al ordenamiento en que se encuentre ubicada, pues es muy común que estas normas formen parte de cualquiera de dichos ordenamientos.

Atendiendo a su sanción, creemos que esta norma puede ser perfecta, plus cuan perfecta, minus cuan perfecta o imperfecta. Sabemos que siendo perfecta, tendrá lugar a la inexistencia o nulidad del acto que la viole. Son plus cuan perfectas, cuando la sanción consiste en un castigo seguido de una reparación pecuniaria. Las minus cuan perfectas, no pueden impedir que la violación tenga sus efectos jurídicos, pero prescribe un castigo. Las imperfectas no traen aparejada una sanción en caso de no ser observadas. Hay quienes califican a la norma de Derecho Internacional Privado como imperfecta, porque en muchos casos -quizá la mayoría- olvida la sanción en el caso de ser violada. Ello no basta para expresar tal afirmación.

Desde el punto de vista de su forma, concluimos que es preceptiva, pues ordena una acción: indica cuál es el derecho aplicable.

Por sus relaciones de complementación, es de tipo secundario o indirecto, pues siendo una norma de vinculación, no resuelve el caso en cuanto a su fondo, sino se conforma con señalarnos la ley que así lo resuelva.

Por su relación con la voluntad de los particulares, pensamos que es de índole taxativa, es decir, obliga siempre y en todo caso a los individuos, independientemente de su voluntad, pues siendo de carácter público, es irrenunciable.

## **2.2 Análisis de la Norma según Werner Goldschmidt.**

De esta manera, hemos puesto de relieve los rasgos preponderantes de las tantas veces mencionada norma y ahora que la vemos con toda claridad en su aspecto interno, sentimos el deseo y la necesidad de llevar a cabo análisis de su contenido interno. Goldschmidt ya ha practicado una espléndida y admirable disección. Dice que la norma jurídica-generalmente hablando- consta de un tipo legal, -nosotros lo llamamos también hipótesis normativa o supuesto jurídico-y de una consecuencia jurídica. Consideramos que ese supuesto o tipo es una hipótesis de cuya realización surge la manifestación de las consecuencias que la norma prevé.

### **2.2.1 Análisis de la Norma según Miaja de la Muela.**

Miaja de la Muela agrega que el supuesto es un hecho de la vida real, o varios hechos conectados acumulativa o alternativamente y afirma que la consecuencia jurídica puede ser un mandato, una prohibición o un permiso.

Sigue el pensamiento de Goldschmidt y Miaja de la Muela, formularemos nosotros un ejemplo que dé una idea de lo que es una norma de Derecho Internacional Privado:

El divorcio de los cónyuges (características positivas del tipo legal), cuando éstos no hayan adquirido otro domicilio fraudulentamente (características negativas del tipo legal), se regulará por las leyes del país donde estén domiciliados (características positivas de la consecuencia jurídica), a no ser que esas leyes desconozcan la existencia del divorcio, (características negativas de la consecuencia jurídica).

Llamada norma de viculación, de competencia o de conflicto, ella misma al resolver el problema vinculatorio, con potencial o conflictual, en su totalidad, agota su actividad. Desde este punto de vista la consideramos de carácter primario y directo, pues ella sola resuelve un problema de importantes proporciones,

muchas veces. En cuanto al fondo del problema, es evidente que quien vincula o remite, goza de un carácter secundario o indirecto, pues se contenta con señalar la norma que resuelve definitivamente la situación.

Evidentemente se trata de una norma con características peculiares que se agudizan por el carácter vinculatorio de la norma misma. Esto nos lleva a considerar problemas que se apartan de aquellos que suscita la norma directa.

El tipo legal de la norma de vinculación emplea términos que son sinónimos de los empleados en el derecho extranjero, y que sin embargo, quieren decir cosas distintas; o quizá habrá que desentrañar la homonimia de los términos aparentemente iguales. Este problema que presentan las normas indirectas y que consisten en la definición de los términos por ellas empleadas, recibe el nombre de calificación.

Es aquí donde el derecho comparado nos brinda una ayuda inapreciable. Su sistema busca semejanzas entre ordenamientos de todos los países, diferencias; identifica, separa; en una palabra, orienta a los hombres que en un momento dado se sometan a dos o más sistemas jurídicos.

El problema ha surgido como consecuencia de diferentes puntos de vista. Hay quienes afirman que esos términos contenidos en la norma iusprivatista internacional deben ser definidos por el derecho aplicable, es decir, por el derecho extranjero a que nos permite la consecuencia jurídica.

Pensamos de diversa manera, es precisamente el ordenamiento al cual pertenece esa norma indirecta (*lex fori*), el que nos va a definir los términos que ella contiene.

Y esto es por una elemental razón de orden. La norma de Derecho Internacional Privado es la primera que se presenta ante nosotros. Habrá que interpretarla, desentrañar su sentido y fijar su alcance. Si ella dice: "los inmuebles se regirán por la ley del lugar donde se encuentren y los muebles por la ley nacional del individuo que los detente en calidad de dueño", y se presenta un problema en un buque suelto en aguas territoriales de un país extranjero, habrá que saber si el buque es mueble o inmueble. El orden jurídico al cual pertenece la norma indirecta, será el que le atribuya al buque uno u otro carácter. De esta manera habrá un principio de estabilidad en cuanto a la calificación, principio que se vería afectado en cada caso, si quedara al arbitrio del contexto de la ley aplicable al definir e interpretar lo que la ley nacional prescriba. Esto, además será absurdo.

### **3.- Elementos de la Norma.**

#### **3.1 Característica Positiva del Tipo Legal.**

Toca ahora analizar los elementos de la norma a la que hemos venido haciendo referencia. Dijimos, con Goldschmidt, que primeramente nos encontramos ante una característica positiva del tipo legal, que consiste en la hipótesis a la que puede adecuarse un hecho.

#### **3.2 Característica Negativa del Tipo Legal o Fraude a la Ley.**

La característica negativa del tipo legal que revista la mayor importancia de nuestra materia, es la que conocemos bajo el nombre de fraude a la ley. Una vez que han tenido lugar los hechos que contemplan el tipo legal, es decir, que se ha realizado la hipótesis normativa, la consecuencia jurídica ha de manifestarse casi fatalmente. Y digo casi, porque no tratándose de leyes naturales, que son las que describen el suceder natural, es decir, el ser, estas leyes de índole normativa ordenan un suceder "artificial" que familiarmente conocemos como un debe ser. Y todo lo que implica debe ser, puede ser. Entonces puede haber algo que desvirtúe la secuencia "hipótesis normativa -consecuencia jurídica-". Y en el campo donde ahora nos encontramos, ese algo es el fraude a la ley.

### **3.2.1 Definición del Fraude a la Ley según Niboyet.**

Niboyet define el fraude a la ley como el remedio necesario para que la ley conserve su carácter imperativo y su sanción en los casos en que deje de ser aplicable a una relación jurídica por haberse acogido los intereses, fraudulentamente, a una nueva ley. Nosotros pensamos que el fraude a la ley, consiste en cambiar o sustraerse voluntaria y concientemente a una ley determinada y colocarse bajo el imperio de otras mediante el cambio real y efectivo de uno de los factores de conexión. El ejemplo que hemos formulado nos aclara la naturaleza de esta clase de fraude: en Italia no existe el divorcio (característica positiva del tipo legal). Un matrimonio italiano que se casó en Italia, desea obtenerlo, los cónyuges se domicilian en un país cuyo requisito para obtener el divorcio, es haberse domiciliado ahí. Y obtienen el divorcio (característica negativa del tipo legal).

### **3.2.2 Fraude a la Ley según Goldschmidt.**

Volviendo al pensamiento de Goldschmidt, diremos con él que la existencia del fraude a la ley, supone requisitos objetivos y subjetivos; los objetivos son tres:

1.- Una característica del tipo legal no concebida por el autor de la norma indirecta como negocio jurídico.

2.- Actos exteriores. De los interesados que reflejen una intención de cambio.

**3.- Diferencia entre los factores de conexión, colocarse bajo el imperio de una legislación favorable.**

Los requisitos subjetivos consisten en el conocimiento o la intención de la producción de los dos últimos requisitos objetivos. La ineficacia de la norma de vinculación es la consecuencia inmediata del fraude a la ley; esa norma no debería aplicarse a esos hechos artificialmente creados.

La característica positiva de la consecuencia jurídica es la indicación del derecho aplicable a la situación planteada por el supuesto jurídico.

#### **4.- La aplicación de la Norma según su punto de conexión.**

Ya vislumbramos otro interesante aspecto de la norma que hemos venido analizando. Ha llegado el momento de escoger o determinar el derecho aplicable. La norma puede especificarlo con precisión. Pero generalmente es especificable o determinable en cada caso, pues se presume que es un derecho extranjero el que se va a aplicar, pero no se sabe cual exactamente. Lo único que nos señala la norma es lo que conocemos bajo el nombre de "punto de conexión".

##### **4.1 Definición del Punto de Conexión de la Norma según Mija de la Muela.**

Mija de la Muela define al punto de conexión de la siguiente forma : "El

medio técnico utilizado por la norma conflictual para la designación de la Ley Material Aplicable, es la relación en que las personas, las cosas o los actos, se encuentran con un determinado ordenamiento" (3).

La norma de Derecho Internacional Privado que hemos citado como ejemplo, señala al domicilio de los cónyuges como punto de conexión.

Los más importantes puntos, momentos, conceptos, medios o circunstancias de conexión, son los siguientes:

En atención al sujeto al que se refiere se mencionan tres puntos personales:

- 1.- La nacionalidad de un individuo o de una persona jurídica.
- 2.-Su domicilio.
- 3.- Su estancia en un determinado territorio.

En cuanto a las cosas, se denomina punto de conexión real al lugar donde se encuentra una cosa mueble o inmueble.

(3) Míaaja de la Muela, Adolfo. "Derecho Internacional Privado". Tomo I. 4a Edición. Ediciones Atlas. Madrid.

De acuerdo con los actos, se citan los siguientes:

- 1.- El lugar de realización de un acto.
- 2.- El lugar donde debe cumplirse una obligación.

3.- El lugar de tramitación de un proceso y finalmente el lugar elegido por las partes puede ser escogido expresa, tácita o presuntamente.

## **5.- Posibles soluciones para la aplicación de la Norma de Derecho Internacional Privado.**

Una vez que sabemos que hay que aplicar el derecho extranjero, es indispensable saber qué parte del derecho extranjero es la aplicable.

Puede ser aplicable el Derecho Interno Extranjero, estrictamente hablando; o puede tener aplicación el Derecho Internacional Privado Extranjero. Y en este punto se pluraliza las soluciones posibles.

### **5.1 1er. Solución.**

La Norma de Vinculación puede considerar aplicable el Derecho Interno del País Extranjero. Esta es la más simple de las soluciones posibles para determinados casos.

## **5.2 2a. Solución.**

Puede acontecer que la norma mencionada indique la aplicación del Derecho Interno Extranjero o de una parte del Derecho Internacional Privado Extranjero: la que está compuesta por normas de exportación que son aquellas que a la vez nos refieren al propio Derecho Nacional Interno. Y este a su vez, podría indicar procedente su propio Derecho Interno o bien un tercer Derecho.

## **5.3 3a Solución o Reenvío.**

Una tercera solución, que contempla varias modalidades, es la siguiente: la consecuencia jurídica de la norma vinculatoria, señala como derecho aplicable al Derecho Internacional Privado que forma parte de un determinado derecho extranjero, y aquel a su vez declara aplicable otro derecho. Para comprender esto con mayor claridad, vamos a describir cuatro modalidades que pueden presentar este caso:

Puede acontecer que el Derecho Internacional Privado Extranjero declare aplicable el derecho interno del que forma parte.

O bien podemos estar ante la situación que el Derecho Internacional Privado Extranjero manifieste que el problema se solucionará de acuerdo con el Derecho Interno al que pertenece la norma de vinculación que originalmente

nos había referido al mencionado Derecho Internacional Privado Extranjero. Este procedimiento es conocido como Reenvío de Primer Grado o Simple.

En tercer lugar, puede presentarse el siguiente caso:

El Derecho Internacional Privado referido, indicará un tercer Derecho Interno como aplicable.

### **5.3.1 Reenvío Doble.**

El reenvío, ahora aparece como de segundo grado o ulterior. Finalmente, cabe tener en cuenta la posibilidad de que el Derecho Internacional Privado Extranjero determine la aplicación del Derecho Internacional Privado referente, o sea, propio del juez y que este último derecho prescriba la aplicación del Derecho Interno Extranjero. Esta última posibilidad recibe la denominación de Reenvío Doble.

## **6.- Diversas Teorías para determinar la Norma Aplicable en un Conflicto de Leyes.**

Hemos individualizado el derecho aplicable. No sólo sabemos cual aplicaremos, sino qué parte del ordenamiento es la procedente. Surge una duda: ¿Aplicamos el Derecho Extranjero? ¿O lo que aplicamos es un Derecho

Nacionalizado?. Y con esta duda florecen las teorías y se diversifican los puntos de vista.

Los conceptos de soberanía y territorialidad nos llevan a pensar que en un Estado, sólo su propio derecho tiene vigencia. Si se necesita aplicar un derecho extranjero en su territorio, habrá que nacionalizarlo por cualquiera de las vías que procedan.

## **6.1 Teoría de la Incorporación.**

Entre esta posición, hay quienes hablan de una incorporación material; y explican que el juez aparentemente aplica el Derecho Extranjero, pero que en el fondo no es sino el Derecho Nacional con un contenido extranjero. Van más allá: la norma indirecta, o sea la de vinculación, crea reglas directas idénticas a las extranjeras.

### **6.1.1 Definición según Roberto Ago sobre la Teoría de la Incorporación.**

Roberto Ago sostiene una incorporación de carácter formal, y apunta que no hay una aprobación del contenido de las normas extranjeras, sino que éstas quedan perfectamente ubicadas en el Derecho Nacional, con el mismo valor y alcance que tenían en su derecho original. Y concluye que lo que pasa es que hay una delegación de fuentes o poderes, pues el legislador extranjero se convierte en legislador nacional.

### **6.1.2 Definición según Eduardo Trigueros sobre la teoría de la Incorporación.**

Como todos sabemos, Eduardo Trigueros es un autor de brillantísima relevancia en la investigación iusprivatista internacional. Siguiendo el trayecto descrito por Ago, Arminjón y Pacchioni, fue más allá que estos famosos juristas en el desarrollo de la Teoría de la Incorporación. A Europa le toca el privilegio de haber sido la primera que la acogió con gran admiración y entusiasmo. El famoso autor mexicano manifiesta la indispensable necesidad de incorporar las normas, tanto en su aspecto general y abstracto, como en el individual y concreto. Si sólo incorporamos las normas generales, éstas sufrirán de la misma limitación de las nacionales; quien ha celebrado un contrato en un país extranjero, bajo el imperio de una norma incorporada, tiene la necesidad de que ese contrato - donde se ha concretizado o individualizado la norma- se incorpore también.

### **7.- Característica Negativa del Tipo Legal o Fraude a la Ley.**

Volviendo a Goldschmidt, todavía nos resta por explicar la característica negativa de la consecuencia jurídica.

El supuesto jurídico se realizó y advertimos la ausencia de su característica negativa, es decir, el fraude a la ley. Nos disponemos a aplicar el derecho que

resultó indicado después de haber resuelto el problema de la calificación, de la parte aplicable del derecho y de la incorporación. Pero descubrimos un obstáculo nuevo, inesperado:

Esa norma que pretendemos incorporar y aplicar, choca con el orden público nacional. He aquí la característica negativa de la consecuencia jurídica.

### **7.1 Definición del orden público según Gaxiola.**

El maestro Gaxiola expresa en sus apuntes que el orden público "es el conjunto de normas que garantiza la realización de los fines del Estado, o bien aquellas disposiciones que tienden a la realización del bien común".

### **7.2 Definición del Orden Público según Wolff.**

Wolff cita la idea de Savigny del orden público, al manifestar que consiste en "unas reglas que no se hacen sólo en beneficio de individuos aislados, sino que descansan en motivos morales o en el "interés público" si se refieren a la política o bien economía política".

## **8.- Conclusión.**

Estamos de acuerdo. Y agregamos nosotros que el orden público es una garantía de seguridad en las que se ven envueltas determinadas instituciones jurídicas que están fundamentadas en los más elevados intereses de la sociedad. Por ello esas instituciones gozan de una firme inflexibilidad que rechaza la incorporación de toda norma que atente contra ellas.

## CAPITULO I V

### LOS LLAMADOS "PRINCIPIOS UNIVERSALES" DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

#### 1.- Reseña histórica y comentarios adicionales al presente trabajo (Parte Introdutoria).

La consistencia de los Estados y los problemas que ella entraña, son el origen del Derecho Internacional Privado. Interdependencia, vecindad, comunicación, existencia de diversos derechos, son ideas que, sin más comentarios plantean situaciones que necesitan ser reconocidas o sancionadas por el orden jurídico donde no se realizó la conducta.

Comentaremos que en Roma se permitió aplicar el Derecho Extranjero, cuando a juicio del Pretor Peregrinus fuera justo y conveniente, y se creó el Jus Gestium, que llegó a ser un Derecho Común a todas las Naciones. La invasión de los bárbaros, siguió una época en la que cada quién se sometía a su propio derecho en cualquier parte donde estuviera. El Feudalismo, de diversa manera, todo la adhirió a la tierra: los hombres y el derecho. Los glosadores y los post-glosadores declararon que las leyes locales posteriores derogaban el Derecho Romano, teniendo entonces por principio superior a todo el Derecho. Hablaron de los estatutos y los dividieron en reales y personales.

En el Renacimiento, surge la Escuela Estatutaria Francesa, cuyo lema se hace famoso: "Toutes les costumes sont réelles". Su influencia domina el pensamiento de los países bajos; sus autores admiten la extraterritorialidad, de una manera excepcional y como consecuencia de lo que ellos denominaron la Cortesía Internacional.

Las teorías científicas del siglo pasado son la histórica o romántica y la positivista.

La primera es inminentemente internacional; opina que los derechos de los países, forman una comunidad jurídica supraestatal.

La segunda, es internista y manifiesta que cada país es libre para aplicar una norma extranjera; o bien, cada país es libre para fijarle a sus normas, su esfera de acción.

Los eclécticos, a pesar de inclinarse al internismo o al internacionalismo, en su caso, admiten la necesidad de aplicar gran parte de un derecho superior o del interno, respectivamente.

Los ingleses se vieron influenciados por la doctrina de la cortesía internacional. Los norteamericanos han sido marcadamente empíricos y casuísticos y han despreciado el exceso de elaboración doctrinal.

Las escuelas modernas han partido del concepto de la incorporación y lo han investigado desde muchos puntos de vista.

Una vez que apuntamos brevemente la Evolución Doctrinal de nuestra materia en la primera parte de este trabajo, en la segunda parte desprendimos, de las teorías expuestas, los métodos con los que ellas trabajan: territorialistas, personalistas, internacionalistas, internistas y añadimos algunos que nos proporcionan Wolff y Goldschmidt. Según este último, son tres los métodos que emplea nuestra materia:

El indirecto, el analítico y el sintético judicial. Dijimos que nosotros pensábamos que los tres métodos pueden usarse en un mismo caso.

La tercera parte fue dedicada a la Norma de Derecho Internacional Privado. La definimos y la clasificamos, analizamos sus elementos, señalamos los problemas que presenta la calificación y la existencia de las características negativas de los elementos de la norma: el fraude a la ley y el orden público. Manifestamos la existencia de los puntos de conexión y los enumeramos. Contemplamos el problema del reenvío y sus modalidades.

Hemos expuesto a grandes rasgos el desarrollo histórico de nuestra materia, los métodos que ésta emplea, la singularidad de sus normas.

## **2.- Los principios Universales dentro de la Legislación Mexicana (Reformas de 1988 en Materia de Derecho Internacional Privado).**

Su doctrina nos da noticia de la existencia de Principios Universales. Son conceptos antiguos que generalmente determinan el derecho aplicable en un caso dado y que tradicionalmente han sido escogidas por la mayoría de los derechos vigentes y hay quienes los contemplan como principios absolutos, es decir, con fuerza obligatoria propia, y válidos ante todo el mundo.

Se conocen como Universales porque la mayoría de las doctrinas y los derechos vigentes lo aceptan. Una vez más el objetivo "universal" se ha desvirtuado, más adelante lo comprobaremos; ahora vamos a citar los más importantes de estos principios.

### **2.1 Exposición de Motivos y Antecedentes de las Reformas.**

"El derecho, entendido como un promotor del cambio social, no puede permanecer estático frente a las transformaciones que presente la dinámica social. Las crecientes relaciones económicas, políticas, sociales y culturales que se establecen diariamente entre las personas que integran nuestra sociedad y aquellas que pertenecen a otros estados que conforman el concierto internacional, han mostrado la necesidad de buscar soluciones más acordes con la época actual".

Siempre ha existido el desideratum, entre los diversos países de la Comunidad Internacional, de concertar tratados y convenios en materia de Derecho Internacional Privado a fin de resolver los problemas concernientes a los conflictos de leyes que se presenten entre los mismos. Sin embargo, a nivel mundial puede decirse que el esfuerzo es relativo pues no es dable afirmar que exista un tratado multilateral que haya sido ratificado por todos los países del orbe. Mas bien su importancia se puede ubicar a nivel regional, por lo que los esfuerzos más importantes se han realizado en los continentes europeo y americano.

A nivel americano se puede mencionar como los tratados más importantes en materia de Derecho Internacional Privado los adoptados en Montevideo (Congreso de 1889 y 1940-41) y en Cuba (Sexta Conferencia Internacional Americana), en 1928, en el cual se firmó el Código de Bustamante, cuyo principal autor fue justamente el jurista cubano Antonio Sánchez de Bustamante.

Sin embargo, el esfuerzo codificador más reciente lo representa la celebración de las tres primeras Conferencias Interamericanas Especializadas de Derecho Internacional Privado (que se conocen por sus siglas CIDIP I, II y III) que se celebran en 1965 (Panamá), 1969 (Montevideo) y 1984 (La Paz, Bolivia).

México se había mostrado bastante reticente al movimiento codificador y por ende a la firma de tratados en la materia, seguramente por el excesivo territorialismo que permeaba en toda su legislación especialmente en el Artículo 12 del Código Civil para el Distrito Federal.

Pero a partir de 1965, México empezó a participar muy activamente en las CIDIP, habiendo firmado y ratificado las siguientes convenciones y protocolos:

#### I. CIDIP I (Panamá).

- a) Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias.
- b) Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero.
- c) Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés, y Cheques.
- d) Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser Utilizados en el Extranjero.
- e) Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.

#### II. CIDIP II (Montevideo).

- a) Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles.
- b) Convención Interamericana sobre Prueba e Información del Derecho Extranjero.
- c) Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.
- d) Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros.
- e) Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado.

### III. CIDP III (La paz, Bolivia).

- a) Protocolo adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero.
- b) Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores.
- c) Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado.
- d) Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras.

La Academia de Derecho Internacional Privado, presionando al gobierno mexicano a fin de participar en el movimiento mundial ha ejercido su influencia con el propósito de modernizar y poner al día la tan anticuada y obsoleta legislación conflictual nacional.

Después de firmar y ratificar las convenciones interamericanas en materia de conflictos de leyes, se le planteó al gobierno mexicano la forma de incorporar sus normas a la legislación nacional, aunque cabe recordar que el artículo 133 Constitucional establece que los tratados "... celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema...".

Sin embargo, cabe aclarar que fue política del gobierno mexicano tocar el menor número posible de artículos a reformar y no agregar capítulos o libros nuevos a la legislación, como aconseja una buena técnica legislativa.

En resumen, puede afirmarse que las reformas de 1988 solamente tratan de instrumentar, aunque sea parcialmente, a las siguientes convenciones y protocolos americanos:

A) En materia general y Derecho Civil:

a) Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (Montevideo, 1969),

b) Convención Interamericana sobre personalidad y capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado (La Paz, 1984), y

c) Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado.

### **3.- Contenido de las Reformas (Código Civil del Distrito Federal en Materia común y para toda la República en Materia Federal).**

¿Porqué adicionar el Código Civil?. El lugar de ubicación de los textos legislativos relativos a los conflictos de leyes varía según los sistemas; puede afirmarse que en general las normas conflictuales están incorporadas al Código Civil del país, en un título especial o preliminar, pero a veces figura en un texto especial llamado simplemente Ley de...o Código de... En sí, dicho lugar de

ubicación no tiene mayor relevancia, sin embargo, se podría interpretar como una cierta expresión de la voluntad del legislador el hacer figurar dichos textos en tal lugar y no en otro; por ejemplo, el hecho de colocar las normas de conflictos de leyes en un capítulo de un Código Civil podría dar a entender que la materia se considera como eminentemente privada lo que, a nuestro juicio, constituye una visión demasiado estrecha del derecho de los conflictos de leyes.

Los conflictos de leyes se presentan en materia mercantil, laboral, fiscal, monetaria, materias que muchas de ellas difícilmente se pueden catalogar como Derecho Privado. Además, el que una relación sea de Derecho Privado constituye, en última instancia, una cuestión de mera calificación.

La tendencia moderna es reglamentar detalladamente la materia conflictual; así tenemos los casos muy recientes de España (1974), Austria (1979), Perú (1984), Checoslovaquia (1965), República Democrática Alemana (1975), Suiza, etc.

En el caso mexicano no es del todo desatinada la inclusión de las normas conflictuales en el título relativo a las "Disposiciones Preliminares" ya que en ellas se contienen reglas sobre el orden público, observancia de las leyes, entrada en vigor, etc., temas que son comunes a todas las materias y no estrictamente restringidas a la materia civil. El gobierno mexicano consideró que políticamente no era conveniente reformar demasiados preceptos, ni permitió agregar un capítulo al Código Civil, por lo que únicamente se reformaron los artículos 12 al 15,

29 al 31; y 2736 al 2738 del Código Civil; total: 11 artículos reformados. La síntesis brutal que se hizo tuvo como consecuencia que ciertos numerales, 13, 15 y 30, resultaran demasiado extensos, lo cual atenta contra la técnica legislativa.

### **3.1 Artículo 12 de Código Civil.**

#### **CONTENIDO DE LAS REFORMAS DE 1988, EN MATERIA CIVIL.**

El artículo 12 del Código Civil, antes de la reforma, sostenía que "Las leyes mexicanas, incluyendo las que se refieren al estado y capacidad de las personas se aplican a todos los habitantes de la República, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados en ella o sean transeúntes".

La doctrina mexicana estaba consciente que el mayor obstáculo para una modernización del Derecho Internacional Privado nacional lo constituía precisamente el territorialismo "a ultranza" ínsito de dicho precepto.

El reformado texto del artículo 12 citado establece que "las leyes mexicanas rigen a todas las personas que se encuentren en la República así como los actos y hechos ocurridos en su territorio o jurisdicción y aquellos que se someten a dichas leyes; salvo, cuando éstas prevean la aplicación de un derecho extranjero y salvo, además, lo previsto en los tratados y convenciones de que México sea parte"

En la primera parte del precepto se observa que se sigue conservando el territorialismo a que nos referíamos antes puesto que las leyes mexicanas son las que rigen en la República, pero también se abre la posibilidad de aplicar derecho extranjero cuando las mismas leyes nacionales así lo prevean y cuando así lo dispongan los tratados firmados y ratificados por México.

Cabe destacar que se elimina la posibilidad de aplicar derecho extranjero cuando así lo aconseje la doctrina, ya que ésta no está reconocida, en México, como fuente formal de derecho (S. J. F. 6a época, 2a. parte, vol. CXXXVIII, p. 16). También es menester destacar que tampoco es posible aplicar norma extranjera por disposición de los jueces, aunque es de recordarse que en ciertos países, como Francia, el enorme desarrollo del derecho conflictual se debe a la extraordinaria labor de las cortes, de los tribunales.

Pero, en fin, se logró que entrara el derecho extranjero por la vía convencional, es decir, los tratados, y esto era la mayor preocupación de los autores de las reformas, pues al momento de realizar las adiciones México había firmado una batería de 18 o 19 convenciones en materia de Derecho Internacional Privado.

### **3.2 Artículo 13 del Código Civil.**

El nuevo artículo 13 dice, a la letra: "La determinación del derecho- se entiende que extranjero- aplicable se hará conforme a las siguientes reglas".

Cabe aclarar que esta parte o encabezado es una copia del artículo 10. de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, suscrita en Montevideo, en 1969, ratificada por nuestro país, sólo que el instrumento uruguayo se refiere a "norma jurídica aplicable" y no a "derecho" como impropriamente lo hace reiteradamente la reforma.

La fracción I, del mismo artículo 13, establece que "las situaciones jurídicamente válidas en las entidades de la República o en un estado extranjero conforme a su derecho deberán ser reconocidas".

Lo anterior es una transcripción parcial del artículo 7, del instrumento interamericano citado, siendo una adopción de la teoría de los derechos adquiridos o de los "vestedrights", doctrina norteamericana muy en boga hace algunos decenios.

Sin embargo, ¿hasta donde un Código Civil, local, como lo es el del D. F., puede regular conflictos de leyes entre entidades de la República, materia que indudablemente pertenece al orden federal?.

Se concluye, pues, que un derecho o una situación que se adquiere válidamente no se tiene porqué cuestionar, salvo que atente contra el orden público local.

"El estado y capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio", se afirma en la fracción II del mismo numeral. Seguramente esta es una de las reformas más importantes ya que anteriormente el estado y capacidad de las personas se regían por las leyes mexicanas, en consonancia con los estrictos principios de la territorialidad. Nótese como a partir de aquí casi todo el derecho conflictual va a tener como eje el punto de contacto del domicilio, que es la tendencia más moderna y más generalizada.

La fracción III dice que "La constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, así como los contratos sobre arrendamiento y de uso temporal de tales bienes, y los bienes muebles, se regirán por el derecho del lugar de su ubicación, aunque sus titulares sean extranjeros".

En esta parte se sigue la regla conflictual *lex rei sitae*, que es reconocida universalmente para el caso de los bienes inmuebles y las acciones reales sobre los mismos. Aunque para las acciones reales sobre bienes muebles corporales se exige que dichas cosas estén o se encuentren en la República para que puedan ser regidas por nuestras leyes.

Esta reforma confirma lo contenido en la fracción II y primera parte de la fracción III, del artículo 121 de la Constitución Política Mexicana.

Asimismo la Reforma viene a ratificar lo que ya estaba contenido en el artículo 14, derogado, del propio Código Civil.

Asienta la fracción IV del mismo artículo 13 reformado: "La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren. Sin embargo, podrán sujetarse a las formas prescritas en este Código cuando el acto haya de tener efectos en el Distrito Federal o en la República (se entiende mexicana) tratándose de materia federal".

Esta parte se acoge a la regla "locus regit actum", principio jurídico según el cual es derecho aplicable a la forma de los actos jurídicos el derecho del lugar donde éstos se realizan. Aunque se da la posibilidad de que las partes se acojan a las formas mexicanas cuando el acto vaya a tener efectos en el D. F. o en México. Puede afirmarse, que en esta materia no se dieron cambios sustanciales pues iguales principios establecía el derogado artículo 15 de C. C.

La última fracción de este mismo artículo, la V, establece que "salvo lo previsto en las fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho".

En esta fracción se adopta el principio confluctual *Lex loci executionis*, según el cual es aplicable el derecho del lugar de ejecución de una obligación o de un acto jurídico, regla que en cierta forma ya contenía el artículo 13, ya derogado.

En círculos académicos se ha oído la crítica de que en este artículo faltó agregar alguna regla para solucionar los conflictos de leyes en materia de responsabilidad extracontractual en materia civil (torts en inglés). Dicha materia no se incluyó porque además de las enormes limitaciones para reglamentar el menor número de temas, consideramos que la responsabilidad objetiva aún es muy discutida, a nivel internacional, la posible unificación de criterios para resolver los conflictos de leyes que ocasiona; es más, estima que hubiera sido un tanto cuanto prematura su inclusión. Sin embargo, respetamos las opiniones en contrario.

### **3.3 Artículo 14 del Código Civil.**

El artículo 14, también reformado en enero de 1988 establece: "En la aplicación del Derecho Extranjero se observará lo siguiente:

I. Se aplicará como lo haría el juez extranjero correspondiente, para lo cual el juez podrá llegarse la información necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de dicho derecho".

La reforma corresponde a lo ordenado por el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales que a la letra dice que "Los jueces y autoridades de los Estados partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada.

A su vez, y en plena concordancia con lo anterior, el artículo 284 reformado del Código de Procedimientos Civiles para el D. F., establece que "sólo los hechos estarán sujetos a prueba..." lo que implica que el derecho extranjero ya no debe ser probado, como se establecía antes de las modificaciones de 1988. En el mismo sentido se pronuncia el nuevo texto del artículo 86 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Además de que ya no es menester probar la norma extranjera, sino que el juez local podrá allegarse, por sus propios medios y conductos, de la información probatoria acerca de la misma, el juez deberá hacer un esfuerzo y tratar de ubicarse en el sistema jurídico extranjero, como si estuviera actuando en él. Esta es la única forma de aplicar el derecho extranjero de una manera coherente y lógica.

"Se aplicará el derecho sustantivo extranjero, salvo cuando dadas las especiales circunstancias del caso, deban tomarse en cuenta con carácter excepcional, las normas conflictuales de ese derecho, que hagan aplicables las normas sustantivas mexicanas o de un tercer estado".

Lo anterior, que corresponde al contenido de la fracción II, del artículo 14, significa que no se acepta la aplicación de la norma, que no el derecho, extranjera siempre y cuando sea la sustantiva, no la conflictual, a fin de evitar, hasta donde sea posible, el llamado reenvío en segundo grado. El reenvío, o juego de la "raquette internationale", tiene sus defensores y sus detractores. Aquí se trata de evitar, salvo que las circunstancias muy especiales del caso así lo ameriten, que a su vez se remita otra vez a las normas mexicanas o de un tercer estado;

La fracción III del mismo numeral, el 14, establece que "no será impedimento para la aplicación del derecho extranjero, que el derecho mexicano no prevea instituciones o procedimientos esenciales a la institución extranjera aplicable, si existen instituciones o procedimientos análogos".

Si se lee detenidamente el artículo 3 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales, a que nos hemos venido refiriendo, observamos una exacta coincidencia en cuanto al contenido de ambos preceptos, aunque su redacción sea ligeramente distinta.

Con lo anterior se pretende que se aplique una norma extranjera siempre y cuando exista una institución idéntica o, al menos, análoga en el derecho mexicano. A esta figura se le denomina, en la legislación y jurisprudencia de otros países, especialmente europeos, la "institución desconocida", con la cual los jueces y juristas mexicanos están poco familiarizados. Lo anterior se hace para evitar, hasta donde ello sea posible, una denegación de justicia.

"Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, no deberán resolverse necesariamente de acuerdo con el derecho que regule a esta última", asienta la fracción IV del mismo artículo.

Lo anterior es una mera transcripción del artículo 8 de la citada Convención sobre Normas Generales.

En relación a la cuestión previa, en el Derecho Internacional Privado caben dos alternativas: o se resuelve de acuerdo a la cuestión principal o se resuelve en forma autónoma o separada. Se pueden abonar razones y argumentos a favor de una y otra solución, sin embargo, tanto el Código Civil mexicano como la Convención Interamericana han adoptado la teoría de la independencia de ambas cuestiones en virtud de que se trata de reglas de conflictos diferentes.

La fracción V del mismo artículo 14, afirma que "cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica estén regulados por diversos derechos, estos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos. Las dificultades causadas por la aplicación simultánea de tales derechos se resolverán tomando en cuenta las exigencias de la equidad en el caso concreto".

Así mismo, lo establecido en esta fracción corresponde al contenido del artículo 9 de la Convención sobre Normas Generales, tantas veces citada.

Lo anterior se conoce, en la teoría y práctica conflictuales, con el nombre de "armonización del derecho", lo cual implica una gran voluntad de aplicar la norma extranjera a fin de que todas las normas involucradas alcancen sus propósitos, presidiendo todo el proceso la equidad. Lo que se pretende es, pues, lograr una correcta y ordenada coordinación entre todas las normas que confluyan en el caso concreto (Batiffol, Carrillo Salcedo, Miaja de la Muela, etc.)

Al final del artículo 14 se establece que lo dispuesto por el mismo "se observará cuando resultare aplicable el derecho de otra entidad de la Federación", lo cual significa que todos los principios ínsitos en dicho numeral se aplicarán a los conflictos de leyes entre las entidades federativas. La duda es ¿hasta donde un Código Civil local, como lo es el del D. F., es aplicable a conflictos de leyes entre los estados de la Federación?

### **3.4 Artículo 15 del Código Civil.**

El artículo 15 reformado del Código Civil que se comenta establece que "No se aplicará el derecho extranjero:

I. Cuando artificioosamente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión".

Al igual que en otros casos este precepto es una copia fiel del artículo 6 de la multicitada Convención sobre Normas Generales, y lo que se intenta es tipificar al fraude a la ley como una excepción a la ley normalmente aplicable, a fin de preservar los "principios fundamentales" del derecho nacional.

El fraude a la ley, igual que el reenvío, es una institución muy discutida y discutible en el Derecho Internacional Privado, porque contiene elementos muy subjetivos: "artificialmente", "intención fraudulenta", "principios fundamentales", etc., sin embargo, es un remedio que nunca falta en leyes y convenciones conflictuales para evitar la aplicación de normas extranjeras cuando exista intención dolosa de por medio.

Por último, la fracción II del mismo artículo 15 establece la otra excepción a la ley normalmente aplicable: el orden público, al establecer que "no se aplicará el derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano".

Los artículos 6 y 7 de las tantas veces citada Convención Interamericana consagran al orden público, aunque para que este opere se necesita que la norma extranjera sea manifiestamente contraria a los principios de su orden público. Es decir, prevalece el orden público local sobre la ley aplicable pero debe existir una obvia y manifiesta contradicción con el mismo. A nuestro entender la contradicción es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier juez o persona que proceda en la materia conforme a la práctica usual y la buena fe.

### **3.5 Referencias de los demás Artículos Reformados.**

El artículo 29 reformado del Código Civil establece que "el domicilio de las personas físicas es el lugar donde residen habitualmente, y, a falta de éste, el lugar del centro principal de sus negocios; en ausencia de estos, el lugar donde simplemente residen y, en su defecto, el lugar donde se encontraren. Se presume que una persona reside habitualmente en un lugar, cuando permanezca en él por más de 6 meses".

El artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado, suscrita en Montevideo, en 1979, y ratificada por México, establece que el domicilio de las personas físicas será, alternativamente:

- a) la residencia habitual;
- b) el centro principal de sus negocios;
- c) la simple residencia, o,
- d) el lugar donde se encontrare.

Como era bien sabido, antes de la reforma el domicilio de una persona física constaba de dos elementos: uno, objetivo, lugar de residencia, y, otro, el elemento subjetivo, propósito de establecerse en él. A partir de las modificaciones

se elimina el elemento subjetivo, ánimo de permanecer en el lugar, atendiendo a las tendencias más modernas y a los compromisos convencionales contraídos por México.

El artículo 29 establece el domicilio legal de las personas físicas, lo que no merece mayor comentario.

A su vez el artículo 31, reformado también, establece los domicilios legales de los menores, incapacitados, cónyuges, militares, diplomáticos, empleados públicos, funcionarios. Vale la pena tener muy en cuenta la reserva declarativa que formuló México en relación a los casos de abandono de incapaces por parte de sus representantes legales.

Atendiendo al Artículo 6 de la Convención Interamericana, el artículo 32 reformado establece que cuando una persona tenga dos o más domicilios se le considerará domiciliada en aquel donde tenga la simple residencia, y si viviese en varias partes, en donde se encontrare.

El capítulo VI, del título décimo primero, cambió su nombre por el siguiente: "De las personas morales extranjeras de naturaleza privada", para obsequiar, en parte, los compromisos contraídos por nuestro país al suscribir la Convención Interamericana sobre personalidad y capacidad de las personas jurídicas en el Derecho Internacional Privado, suscrita en la Paz, Bolivia, en 1984, y ratificada por México.

Así las cosas, el artículo 2736 establece que "La existencia, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, funcionamiento, transformación, disolución, liquidación y fusión de las personas morales extranjeras de naturaleza privada se registrarán por el derecho de su constitución, entendiéndose por tal, aquél del Estado en que se cumplan los requisitos para la creación de dichas personas.

En ningún caso el reconocimiento de la capacidad de una persona moral extranjera excederá a la que le otorgue el derecho conforme al cual se constituyó.

Cuando alguna persona extranjera de naturaleza privada actúe por medio de algún representante, o quién lo sustituya, está autorizado para responder a las reclamaciones y demandas que se intente en contra de dicha persona con motivo de los actos en cuestión".

Los párrafos anteriores son una apretada síntesis de lo dispuesto por la Convención Interamericana sobre personas morales, de 1984, aunque únicamente en lo relativo a las personas morales de carácter privado, especialmente del contenido de sus artículos 2, 3 segundo párrafo y 6.

Cabe remarcar que se excluye a las personas de carácter público y a los organismos intergubernamentales, que sí están incluidos en la Convención citada antes. Por otra parte, debe tenerse en cuenta lo contenido en la Convención

Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Sociedades Mercantiles, suscrita en Montevideo, en 1979, y también ratificada por México.

Así mismo, se reformaron los artículos 2737 y 2738, y la fracción VII del artículo 25 y se agregó el artículo 28 bis, todos del Código Civil para el D. F., pero dichas enmiendas no merecen mayor comentario.

#### **4.- Definición de Rojina Villegas sobre el estado de la persona.**

Rojina Villegas define al estado de la persona. "La situación jurídica concreta que guarda una relación con la familia o con el Estado o la Nación". (1)

##### **4.1 Capacidad Jurídica.**

El mismo autor, manifiesta que la capacidad jurídica se divide en Capacidad de Goce y de Ejercicio; la de la Goce es "La Aptitud para ser Titular de Derechos o para ser sujeto de Obligaciones" (2)

La capacidad de Ejercicio, añade "Supone la posibilidad jurídica en el sujeto, de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los Tribunales".

(1) Rojina Villegas, Rafael. Obra citada. Pág. 451.

(2) Rojina Villegas, Rafael. Obra citada. Pág. 425.

Entendemos por "Universal" lo que pertenece o se entiende a todo el Mundo, a todos los Países, a todos los Tiempos (3).

## **5.- Conclusión Final.**

Hemos venido observando que el Legislador Mexicano, en su afán de modificar las bases en donde se sustentan los principios universales, como lo es el Código Civil, ha caído en algunas pequeñas fallas que alcanzamos a percibir; claro desde nuestro punto de vista.

Antes que nada, México sigue conservando el principio de territorialidad, con algunas salvedades.

Adopta en algunos de sus preceptos El Extraterritorialismo Pasivo o Negativo, en la que aprueba la referencia de la aplicación en su territorio de una Norma Extranjera. Reconoce y acepta la aplicación del Derecho Extranjero como lo haría el propio Juez Extranjero, pero ¿qué pasa con la información? :

Existe un problema, determinar la naturaleza jurídica para constituir el Derecho Extranjero, aquí interviene la figura de la calificación; que consiste en desentrañar la esencia o precisar la naturaleza jurídica de una institución, por

(3) Diccionario Enciclopédico Abreviado. Tercera Edición. Tomo III. Espasa.Calpe, S.A. Madrid.

ejemplo, Donación, Legado, etc., esto implica la aplicación del Derecho Nacional Extranjero.

Se pueden dar 3 soluciones:

- 1.- El Juez califica con su propia Ley.
- 2.- Hacer una doble calificación, se utiliza el Reenvío.

3.- Es la de elaborarse de tal manera que se prevea la aplicación de cualquier Derecho. Las categorías previstas por la Norma Conflictual, deberán ser amplias o generales, por las previstas de el Derecho Interno, nos referimos a la creación de categorías propias en el Derecho Internacional Privado o Comparado.

Entonces determinamos que la naturaleza jurídica de la Norma Extranjera puede ser:

- 1.- Son coercibles, bilaterales, etc.
- 2.-El Derecho Extranjero se tiene que probar, por que el Juez Nacional no lo conoce.
- 3.- Existe un conflicto simultáneo. Para conocer esta Norma, ¿serían eficientes los medios de comunicación para conocer el Derecho Extranjero y comprobarlo?.

Bueno, el Derecho Extranjero se debe de interpretar, colocándose el Legislador como Extranjero y conforme lo hubiera hecho un Tribunal Extranjero, establecer la Ley del Foro o según la Jurisprudencia Internacional.

Existen dos formas para conocer la Norma Extranjera:

1a.- El Juez nacional conoce el Derecho Interno, conoce los hechos extranjeros y por consiguiente, se da el Derecho Extranjero. No es necesario comprobar para proceder.

2a.- El Derecho Nacional ya está regido, el Derecho Extranjero ~~se~~ necesita comprobar según los hechos.

Las partes pueden interpretar, no están conformes con lo que se ha dictado, cómo comprobar el contenido de la norma.

Exsten medios probatorios: Información por vía diplomática.

- No funciona donde no hay Relación Diplomática.
- Hay que legalizar. Interviene la certificación de 2 abogados.
- La Información debe ser Constante.
- Las autoridades judiciales deben aportar la prueba pericial.

Existen inconvenientes:

De forma.

- La Norma Aplicable es Diferente.
- El Juez aplica en dos formas.
- Y como hemos visto, es difícil comprobar el Derecho Extranjero

Que haría el Legislador Nacional, si le corresponde resolver al Legislador Extranjero, si es Inconstitucional la Norma Extranjera, no podrá convocarse a una Ley, se tiene que involucrar el Derecho Extranjero en su conjunto . Una vez designado el Derecho Aplicable (Nacional o Extranjero), surge una situación parecida al Reenvío; para resolver un Litigio Planteado ante un Juez, este tiene que considerar y resolver con autoridad otro problema jurídico vinculado con el Litigio Principal o Previo. Por lo tanto el Legislador debería adoptar en dar servicios Intermedios o Eclécticos, estableciendo el equilibrio de aplicación de la norma.

Ahora bien, en otros preceptos, México se inclina tajantemente en no aplicar el Derecho Extranjero cuando exista el Fraude a la Ley y a los Ordenamientos Jurídicos que vayan en contra del Orden Público, pero podría ser una excepción para no aplicar la Norma Extranjera.

Existen semejanzas entre estas 2 figuras:

- No permiten la aplicación del Derecho Extranjero.

### Diferencias:

**Fraude a la Ley.-** Es un abuso del Derecho, aparte desarrolla una conducta antijurídica. Esta conducta es pericial.

**Orden Público.-** La Ley o Norma Extranjera, es la que es perjudicial, aquí no hay abuso de poder.

Intentamos mencionar todas estas figuras del Derecho Internacional Privado, porque creemos que el Legislador Mexicano las aportó en gran medida a las Reformas al Código Civil, pero creemos:

No hay que encerrar su utilidad a la aplicación de la Norma Competente Internacional, apoyándose en su doctrina y dar soluciones prácticas.

La carencia de Tribunales Internacionales de competencia Ius Privatista, ahunado al hecho de la escasas de Normas Internacionales, hace que la Jurisprudencia Internacional le den una importancia mínima en nuestra materia; existen pocos casos que un Tribunal Internacional da Soluciones de Derecho Internacional Privado, como por ejemplo la C.I.J. y la C.P.J.I., en general conocen casos raros y en donde generalmente la Norma Ius Privatista no es la cuestión principal.

Esto es lo que creemos que pasa en nuestra Legislación, ahora daremos una referencia histórica de cómo los pueblos han venido aceptando o no los Principios Universales.

El Imperialismo Romano fue, naturalmente simpatizador de toda idea universalista que uniforma el pensamiento de todos los que vivían dominados. Por eso, sólo aplicó su derecho y llegó a exportarlo. A pesar de ello, las necesidades cotidianas le impusieron la aplicación del Derecho Extranjero en algunos casos y posteriormente los romanos crearon un derecho para los extranjeros, que

denominaron "jus gentium". Una vez que Roma fue invadida por los bárbaros, el imperialismo romano sucumbió y con él sus ideas y pretenciones universales.

Los bárbaros -diversos pueblos-, se regían por sus propios principios y reglas, en cualquier parte donde estuviesen. Ignoraban -o probablemente no reconocían- principios de carácter universal.

El Feudalismo fue radicalmente territorialista, y por lo mismo se encerró en sí mismo, dándole al señor feudal un poder ilimitado sobre las tierras que poseía y los hombres que ahí vivían. Se descartó cualquier principio universalista.

Los Glosadores y los Post-Glosadores creyeron encontrar los Principios

Universales en el Derecho Romano. Pero ahí mismo descubrieron que los Derechos Locales -por ser posteriores y especiales- derogaban al mismo Derecho Romano y a sus Principios Universales.

Los estatutarios franceses fueron también radicalmente territorialistas y excepcionalmente personalistas, y por esta razón fueron enemigos de las ideas universalistas. Los holandeses se adhirieron a este punto de vista y agregaron que la aceptación de la existencia de Principios Universales era sólo una manifestación de su costesía internacional. Así pensaron después, los ingleses.

La Escuela Histórica presidida por Savigny, acepta la existencia de una comunidad jurídica que forma los derechos de todo el mundo, y que forma un derecho superior al que deben someterse todos. La idea de los Principios Universales está tácitamente aceptada.

La Escuela Positivista de diversa manera, sostiene que cada país es libre al elaborar su propio derecho y que no está sujeto a norma superior alguna.

Modernamente la Teoría de la Incorporación -una rama del Internismo- es la que más fácilmente refleja la realidad. Da completa libertad al legislador para incorporar normas extranjeras, y por lo mismo, para dar vigencia o no, a los que conocemos los principios universales.

Queda así demostrado que la pretención de universalidad de estos principios es exagerada. Mientras los países sean libres, conserven su soberanía y luchan contra toda clase de imperialismo no habrá nada ni nadie que se levante por encima de sus derechos sin atropellar la justicia. Cada país debe ser internamente, libre de conducirse como mejor le parezca; dictará su propio Derecho Nacional e Internacional arbitrariamente, si así lo considera conveniente. Los "universalismos" como un pretexto para uniformar -o inclusive para unificar no tienen ningún valor para un Estado mientras éste no les otorgue categoría de Ley.

## CONCLUSIONES

Primero establecer que el Derecho Internacional Privado es de carácter interno. Sus principios tendrán vigencia y relativa eficacia, cuando el Estado les dé categoría de Leyes.

El llamado "Principio Universal", consagrado en una Norma de Derecho Internacional Privado, pierde su eficacia cuando su propio Legislador da a esa Norma un carácter extraterritorial; esto implica intentar modificar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en ampliar poderes al Congreso de la Unión para que no omita Legislar sobre los conflictos de leyes y promoverlo a rango Constitucional.

Otra cuestión sería quitar facultades a las entidades Federativas y a Funcionarios Federales, ya que no poseen personalidad Jurídica Internacional.

Y por último hablaríamos de que se realizara una codificación referida al Derecho Internacional Privado. Intentando conjugar esfuerzos para que fueran de carácter internacional para crearse a través de un conceso de voluntades; sería lo ideal, sería la fuente, tener una Norma Suprema para resolver los conflictos como a nivel interno y un Tribunal con competencia Ius Privatista, ya que hasta la fecha sólo determina qué Legislación es la aplicable, pero no resuelve el problema directamente. Esto quiere decir que no se establece la existencia de someterse a un Tribunal para su resolución; no hay tampoco la existencia de una Norma Jurídica Superior para la solución de un conflicto.

## BIBLIOGRAFIA

Arce, Roberto. "Manual de Derecho Internacional Privado Mexicano". Librería Font. Guadalajara.

Arellano García, Carlos. "Derecho Internacional Privado". Ed. Porrúa, S.A. 1980.

Banderas Casanova, Juan M. Apuntes "Derecho Internacional Privado".

Barrera Graf, Jorge. "Revista de Derecho Privado". Publicación cuatrimestral, UNAM. México 1991.

Frenwich, Charles G. "Derecho Internacional". Traducción de la tercera edición. Editorial Bobliográfica Argentina, S.R.L..

Gallardo Vázquez, Guillermo. "Precisión y Universalización de los Fundamentos Teóricos y Filosóficos del Derecho Internacional Privado". Conferencia publicada por el Colegio de Abogados de México, en su segundo centenario.

García Maynez, Eduardo. "Introducción al Estudio de Derecho". 34a. Edición. Editorial Porrúa, S. A. México.1984.

García Moreno, Victor Carlos. "Reformas de 1988 a la Legislación Mexicana en Materia de Derecho Internacional Privado. UNAM. Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado. XII Seminario Nacional de Derecho Internacional.

Gaxiola, F.Jorge. Apuntes de Derecho Internacional Privado.

Goltschmidt, Werner. "Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado". Tomo I Segunda Edición. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires.1952.

Grant, Michael. "El Mundo Romano". Traducción de Luis Gil. Madrid.

Miaja de la Muella, Adolfo. "Derecho Internacional Privado". Tomo I. Cuarta Edición. Ediciones Atlas. Madrid. 1962.

Niboyet, J. P. "Principios de Derecho Internacional Privado". Selección de la Segunda Edición Francesa del Manual de A. Pillet y J.P. Niboyet. Traducida y Adicionada con Legislación Española por Andrés Rodríguez Ramón. Editorial Nacional. México. 1977.

Pérez-Nieto Castro, Leonel. Derecho Internacional Privado. Editorial Harla 5a. Edición. 1991.

Rogina Villegas. Rafael. "Derecho Civil Mexicano". Tomo Primero. Tercera Edición. Antigua Librería Robredo. México, D.F. 1960.

Siqueiros, José Luis. "Síntesis del Derecho Internacional Privado". De la Colección "Panorama del Derecho Mexicano", publicado por el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Autónoma de México, D.F.

Trigueros S. Eduardo. "La Evolución Doctrinal del Derecho Internacional Privado". Volumen IV de los Trabajos Jurídicos de Homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su XXV Aniversario. Editorial Polos. México.

Wolff, Martin. "Derecho Internacional Privado". Traducción Española de la 2a Edición Inglesa. Bosh. Casa Editorial Barcelona.