

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**

**“LA ALEGACIÓN Y PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO EN MÉXICO
EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL”**

Tesis que para obtener el grado de MAESTRO EN DERECHO presenta el
licenciado CARLOS ENRIQUE ODRIOZOLA MARISCAL



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A mi abuela, Rosa María Brizzio Ponce de León de Mariscal, mecenas incondicional de mis proyectos académicos.

A Sabina, Oscar, Iñaki y Carlos Enrique, por el tiempo que les robé para hacer esta tesis.

A mi abuelo Enrique Mariscal Gómez, mi madre Gabriela Mariscal Brizzio y mi hermano Enrique Eduardo, por el tiempo que no les robé para hacer esta tesis, pero que tampoco les presté cuando no la hacía.

A mi maestro, Dr. Juan de Dios Gutiérrez Baylón, director de este trabajo, con admiración y agradecimiento.

A todos mis compañeros y maestros de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

ÍNDICE

“LA ALEGACIÓN Y PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO EN MÉXICO EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL”

Introducción	i
I. LA APLICACIÓN FORMAL DEL DERECHO EXTRANJERO	1
1. Teorías antiguas	1
1.1 Estatutos personales o personalidad de las leyes	4
1.2 Glosadores	5
1.3 Postglosadores o Escuela Italiana de los Estatutos	8
1.4 Escuela estatutaria francesa	14
1.5 Escuela Holandesa o de la cortesía internacional	17
1.6 Segunda Escuela Estatutaria Francesa	20
1.7 Tercera escuela estatutaria francesa o del siglo XIX	23
2. Teorías modernas	23
2.1 Doctrinas internacionalistas	25
2.2 El nacionalismo o personalidad de las leyes o escuela italiana moderna	33
2.3 Teorías Eclécticas	37
2.4 Teorías Internistas	40
2.5 Territorialismo absoluto	47
2.6 Teoría de la incorporación	51
2.7 Teoría de la incorporación material o nacionalización legislativa material	54
2.8 Teoría de la incorporación formal	56

2.9 Doctrina angloamericana	58
2.10 Teoría de los derechos adquiridos	68
2.11 Teoría del uso jurídico	71
II. LA APLICACIÓN MATERIAL DEL DERECHO EXTRANJERO	74
1. Naturaleza procesal o condición del Derecho extranjero en el Derecho internacional privado ¿Hecho o Derecho?	74
1.1 El Derecho extranjero considerado como hecho en el proceso: el principio de inferioridad de la norma extranjera	76
1.2 El Derecho extranjero considerado como tal en el proceso: el principio <i>iura novit curia</i>	82
2. Alegación o invocación del Derecho extranjero	90
2.1 Cuando el Derecho extranjero es invocado por las partes en el proceso	91
2.2 Cuando el Derecho extranjero es invocado por el Juez	94
3. Principios de la aplicación del Derecho extranjero	103
3.1 Principio de la aplicación exacta del Derecho extranjero	103
3.2 Principio de integridad del Derecho extranjero	108
3.3 Principio de jerarquía del Derecho extranjero	112
3.4 Principio de vigencia temporal del Derecho extranjero	116
3.5 Principios de vigencia espacial y personal del Derecho extranjero	117
4. Medios de prueba del Derecho extranjero	119
4.1 Prueba documental pública: Informes oficiales de funcionarios extranjeros	120
4.2 Prueba documental pública. Informes diplomáticos o consulares	122
4.3 Prueba confesional	125
4.4 Doctrina	127
4.5 Prueba pericial	131
4.6 Prueba testimonial	137
4.7 Máxima de experiencia y hecho notorio	138
4.8 Instituciones públicas y asociaciones profesionales	144
5. La interpretación y valoración del Derecho extranjero	147
6. El Derecho extranjero y el control de legalidad	157
6.1 Casación por infracción de la norma de conflicto	158
6.2 Casación por infracción directa a la ley extranjera aplicable	159
7. El Derecho extranjero y la legitimidad de su país de origen	168

III. ALEGACIÓN Y PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO EN MÉXICO	172
1. Legislación del Distrito Federal	172
1.1 La época prehispánica	172
1.2 La colonia	173
1.3 La guerra de independencia	174
1.4 El Código Civil del Imperio mexicano	175
1.5 El Código Civil de 1870	177
1.6 Código Civil de 1884	181
1.7 Código Civil de 1928	185
1.8 Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales	193
1.9 Las reformas de 1988. Hacia un nuevo Derecho Internacional Privado	195
2. Legislación de los estados	204
2.1 Estados tradicionalistas	205
2.2 Estados moderados	206
2.3 Estados progresistas	208
3. Legislación federal	209
3.1 Código Federal de Procedimientos Civiles	209
3.2 Código de Comercio	215
4. Tratados internacionales	216
4.1 Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca de Derecho Extranjero	216
4.2 Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado	223
4.3 Convención Europea sobre Información relativa al Derecho Extranjero	225
IV. CONCLUSIONES	231
V. BIBLIOHEMEROGRAFÍA	238
1. Libros	238
2. Artículos en obra colectiva o revista especializada	241
3. Leyes locales	243

4. Leyes federales	247
5. Tratados internacionales	247
6. Tesis de jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación	248
6.1 Quinta época	248
6.2 Sexta época	249
6.3 Séptima época	249
6.4 Octava época	250
6.5 Novena época	250
APÉNDICE 1. Legislación de los Estados de la República Mexicana en materia de prueba del Derecho extranjero	252
1. Aguascalientes	252
2. Baja California	253
3. Baja California Sur	253
4. Campeche	254
5. Chiapas	254
6. Chihuahua	255
7. Coahuila	255
8. Colima	256
9. Durango	257
10. Guanajuato	257
11. Guerrero	257
12. Hidalgo	258
13. Jalisco	258

14. México	260
15. Michoacán	261
16. Morelos	261
17. Nayarit	262
18. Nuevo León	262
19. Oaxaca	263
20. Puebla	263
21. Querétaro	264
22. Quintana Roo	264
23. San Luis Potosí	265
24. Sinaloa	265
25. Sonora	266
26. Tabasco	266
27. Tamaulipas	268
28. Tlaxcala	268
29. Veracruz	269
30. Yucatán	269
31. Zacatecas	270

APÉNDICE 2. Tratados de los Estados Unidos Mexicanos en materia de prueba del Derecho extranjero	271
--	-----

1. Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del

Derecho Extranjero	271
2. Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado	278
3. Convención Europea sobre Información relativa al Derecho Extranjero	283
4. Protocolo adicional de la Convención Europea sobre Información relativa al Derecho Extranjero	293
APÉNDICE 3. Proyecto de ley que crea el «Instituto Federal de Especialistas de Derecho Internacional Privado y Comparado (IFEDIP)»	301
APÉNDICE 4. Proyecto de reforma al artículo 88 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación	316

INTRODUCCIÓN

A raíz de la dominación española en América por tres siglos, las intervenciones decimonónicas norteamericana y francesa, así como la injerencia de potencias extranjeras, especialmente norteamericanas e inglesas, durante la gesta revolucionaria de 1910, hasta bien entrado el siglo XX, las estructuras legales mexicanas mantuvieron un acendrado territorialismo en cuanto a la aplicación, alegación y prueba del Derechoⁱ extranjero.

Como consecuencia de la adopción del modelo económico capitalista, el aumento en la inversión extranjera, la revolución tecnológica, la hegemonía política mundial y el acelerado desarrollo de las comunicaciones, aunado al creciente tráfico jurídico internacional que conlleva la apertura comercial de nuestro país y el enorme éxodo de nuestros compatriotas a los Estados Unidos, a partir de la segunda mitad del siglo pasado inició una gradual apertura del marco jurídico mexicano hacia la recepción de la ley extraña.

ⁱ Para evitar confusiones, debido al tema tratado en que me refiero reiteradamente a Derecho objetivo y subjetivo, he decidido utilizar la palabra «Derecho» con mayúscula en todos los casos cuando de Derecho objetivo se trata y con minúscula siempre que me refiero al derecho subjetivo.

He encontrado, en la práctica profesional y en los estudios que he realizado al respecto, suma ignorancia y confusión en el foro acerca de la aplicación de la ley extraña, así como la forma de alegarlo y probarlo. Decidí abordar el tema cuando inicié la elaboración de la tesis para obtener el grado de maestría en Derecho en la División de Estudios de Posgrado de Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. La dirección de este trabajo de investigación se debe a mi apreciado maestro, Doctor Juan de Dios Gutiérrez Baylón, a quien expreso mi agradecimiento.

En un principio, propuse como título para esta tesis «La aplicación y prueba del Derecho extranjero en México». Sin embargo, conforme avancé en mis investigaciones, me percaté de que sería más correcto referirme a la «alegación» y no a la «aplicación» de la ley extraña, habida cuenta de que la aplicación del Derecho extranjero es un término general que debería incluir un análisis exhaustivo de las etapas que integran el proceso para decidir sobre la necesidad de recibir la ley extraña en un caso concreto,ⁱⁱ lo cual no es motivo de este trabajo. También tendría que haber analizado teorías poco exploradas, que darían lugar a investigaciones en suma interesantes, pero que se desvían de la línea de investigación de este trabajo.ⁱⁱⁱ La presente investigación tiene

ⁱⁱ Como serían los procesos de calificación de la norma extranjera y las excepciones para su aplicación.

ⁱⁱⁱ Por ejemplo: existe la teoría de que el juez o las partes pueden invocar voluntariamente la ley extranjera para interpretar la ley nacional cuando es poco clara, contradictoria o necesita una reforma, aún sin que exista una norma conflictual que así lo establezca. Véanse los interesantes estudios al respecto, todos de Basil Markesinis: «Foreign law inspiring national law. Lessons from *Greatorex v. Greatorex*», en *The Cambridge Law Journal*, Cambridge, Inglaterra, Vol. 61, parte 2, Julio 2002, pp. 386-404; «Foreign law and foreign ideas in the English courts. The contemporary English contribution to the use of foreign law and comparative methodology», en *Revue Hellénique de Droit international*, Atenas, Grecia, año 50, 1997, núm. 2, pp. 365-381; y «Judge, Jurist and the study and use of foreign law», en *The Law quarterly review*, Londres, Inglaterra, Vol. 109, octubre 1993, pp. 622-635.

como principal objeto analizar la forma en que el Derecho extranjero se alega y prueba en México, una vez que se ha determinado la necesidad de su aplicación.

Consideré conveniente, como antecedente obligado para el estudio de la alegación y prueba del Derecho extranjero, hacer un sumario histórico de las diversas teorías existentes para justificar la aplicación de la ley extranacional. Lo anterior, tomando en cuenta especialmente que nuestro país siguió un territorialismo a ultranza hasta bien entrado el siglo XX, por lo que dichas teorías no son de uso común para la mayoría de los abogados. Así las cosas, el primer capítulo de este trabajo se encarga de analizar las teorías antiguas y modernas que justifican la aplicación formal de la ley extraña por jueces de órdenes jurídicos distintos al de origen de ese Derecho.

La alegación y prueba del Derecho extranjero se encuentra regulada principalmente, debido a su naturaleza, en la legislación civil y mercantil, así como en los tratados internacionales en la materia. Sin embargo, durante mis investigaciones descubrí que también en materia penal existe la necesidad, si bien en casos excepcionales, de aplicar Derecho extranjero. En ese tenor, no siendo especialista en materia criminal, decidí acotar de nuevo el tema de mi investigación a las materias civil y mercantil, razón por la que el título final de la presente tesis resultó «La alegación y prueba del Derecho extranjero en México en materia civil y mercantil».

En el segundo capítulo, referente a la aplicación material –entendiendo por esta la alegación y prueba-- del Derecho extranjero, analizo las principales teorías existentes acerca de la naturaleza procesal de la ley extraña: cuando es tomada en cuenta como un hecho en el proceso y cuando es considerada como verdadero Derecho. En la segunda parte del capítulo, hago un sumario de los principios procesales que existen en la doctrina respecto de la alegación y prueba de la ley extraña, apuntando las tendencias judiciales en México y proponiendo algunas soluciones para facilitar al juzgador y los litigantes su tarea.

En el tercer capítulo, recorro el desarrollo legislativo que la materia ha tenido en México, desde la época prehispánica hasta nuestros días. Advierto la regulación actual sobre prueba del Derecho extranjero en el ámbito local, analizando la legislación de todos los estados de la República y resaltando sus defectos y virtudes (para facilitar el acceso a la información analizada, he agregado, como apéndice 1, el texto completo de los artículos relativos a la alegación y prueba del Derecho extranjero en cada una de las entidades de la República mexicana). Observo la normatividad sobre el tema en materia federal y en los tratados internacionales de que México es parte, arribando a la conclusión de que es urgente una reforma en la materia (en el segundo apéndice, acompaño el texto completo de las referidas convenciones internacionales).

Por último, planteo mis conclusiones generales sobre el tema, con la esperanza de que resulten de utilidad para el amable lector de estas páginas. Al respecto, me permito destacar mi propuesta para la creación del «Instituto Federal de Especialistas en Derecho Internacional Privado y Comparado» (IFEDIP), como un órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal, para lo cual agregó un proyecto de ley para la creación del citado IFEDIP (apéndice 3), así como un proyecto de reforma al artículo 88 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (apéndice 4).

México, D.F., mayo de 2007

I. LA APLICACIÓN FORMAL DEL DERECHO EXTRANJERO.

1. Teorías antiguas.

La mayoría de autores coinciden en relacionar los orígenes del Derecho internacional privado, que dieron lugar a lo que ahora conocemos como teorías modernas, con juristas que vivieron a partir del siglo XI de nuestra era y no en el Derecho romano, como sucede en otras ramas del Derecho.¹ Es ilustrativo el

¹ Escribió Gutzwiller: «les pères du droit international privé moderne ne sont ni Julien, ni Papinien ou Ulpian, ni Tribonien et ses collaborateurs, mais des juristes vivant à partir du XIe siècle»; en GUTZWILLER, «Le développement historique du droit international privé», *Recueil des Cours*, 1929, Vol. IV, pp. 291; citado en GRAULICH, Paul, *Principes de Droit International Privé*, Librairie Dalloz, París, 1961, p. 4.

Según el inglés Wolff: «Su origen no se encuentra ni en los escritos de los grandes juristas romanos desde Mucius Scaevola a Modestino, ni en el derecho bizantino del siglo VI», Cfr. WOLFF, Martin, *Derecho Internacional Privado*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1958, p. 19.

Para diversos autores, «la legislación del Pueblo Rey no conoció el Derecho internacional privado», Cfr. TRIGUEROS SARAIVA, Eduardo. *Estudios de Derecho Internacional Privado*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, Estudios Doctrinales 41, México, 1980, p. 30.

hecho de que el *Corpus iuris civilis*, «que contesta o sugiere una solución a toda cuestión jurídica prácticamente concebible»,² no se refirió a la aplicación del Derecho extranjero.

Fue Justiniano quien hizo notar el pasaje contenido en las Instituciones de Gayo de que todos los pueblos regidos por leyes y costumbres usan parcialmente: (a) su propio Derecho, *ius proprium civitatis*, llamado después *ius civile*; y (b) el Derecho común de la humanidad, el *ius gentium*. Pero ni Gayo, ni Justiniano, señalaron cuando y bajo que condiciones debían aplicarse las leyes extranjeras por los tribunales romanos o *præses provinciæ*, ni tampoco si el Derecho de gentes se aplicaría supletoriamente ante las lagunas del *ius civile* extranjero o si el *ius gentium* era el Derecho primario.³

El silencio que guardan las fuentes romanas respecto al Derecho extranjero se debe a que los romanos no tenían respeto por el Derecho extranjero,⁴ condición necesaria para el desarrollo del Derecho internacional privado, como efectivamente sucedió en las ciudades-Estado italianas del siglo XII, en donde existía un plano de igualdad entre los diversos órdenes jurídicos de cada una de ellas.⁵

Para el español Miaja de la Muela, «La doctrina científica acerca del conflicto de leyes nace en el siglo XIII en las Universidades del norte de Italia» Cfr. MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *Derecho Internacional Privado*, 6ª edición, Tomo I, Madrid, 1972, p. 80.

² WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 19.

³ *Idem*.

⁴ La aplicación del *ius gentium* se debía «a la repugnancia de los romanos a consentir la aplicación de leyes extranjeras». Cfr. MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.* p. 80.

⁵ Incluso se ha dicho que los romanos mostraban desprecio hacia el Derecho extranjero, como Cicerón, cuando expresó «*incredibile est quam sit omne ius civile præter hoc nostrum inconditum ac pæne ridiculum*», en su obra *De oratore*, Cfr. WOLFF, Martin, *op. cit.* p. 20; autor que sigue a MITTEIS, L.,

No obstante, los tribunales de la metrópoli, siguiendo sus políticas imperiales, se veían obligados a reconocer los derechos de los extranjeros, facilitando la inmigración y, con ello, el crecimiento del imperio. La judicatura no aplicaba una norma precisa y permanente que regulara cómo y cuando aplicar las leyes extranjeras. La forma en que los romanos resolvieron el problema de la aplicación de leyes extranjeras, en base a un principio de justicia, fue con la creación de jueces especiales para los extranjeros, llamados *prætor peregrinus*, quienes tenía la facultad de resolver los juicios entre extranjeros o entre estos y los ciudadanos romanos.⁶ Dichos magistrados fueron facultados, en el año de 242 a.C., para dejar de aplicar estricta e invariablemente el Derecho romano o *ius civile*, en aquellos casos en que consideraran que, aplicando leyes y costumbres extranjeras, alcanzarían una solución justa y conveniente, lo que llevó a la formación del *ius gentium* y, más tarde, al Derecho natural.⁷

En el siglo III de nuestra era, el emperador Marco Aurelio Antonino Caracalla declaró ciudadanos romanos a todos los habitantes del Imperio, con lo que a todos se les aplicó el *ius civile*, desapareciendo el *ius gentium* y la distinción entre *cives* y *peregrinus*. Además de los ciudadanos romanos, solamente quedaban los *barbari*, quienes prácticamente estaban incomunicados con la vida jurídica romana. En consecuencia, los pueblos romanos se regían por la territorialidad de las leyes.⁸

Con la caída del Imperio Romano de Occidente, en el año 476, ante la invasión de pueblos bárbaros conformados por rudimentarias organizaciones sociales y jurídicas, encontramos que las relaciones de Derecho eran regidas

Reichsrecht und Volksrecht, 1891, 102, y LEWALD, H., *Conflicts de lois dans le monde grec et romain*, *Archeion idioticou dikaiou*, 13, 1946.

⁶ *Ius dicere inter peregrinos et inter cives et peregrinos*.

⁷ Véase TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo. *op. cit.*, pp. 30-31; quien sigue a Pacchioni, Walker, Moritz Wlassak, Bonfante y Perozi.

⁸ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 81.

por costumbres ligadas a las tradiciones religiosas, bajo un estatuto meramente personal y solamente aplicable a los miembros de la tribu en cuestión, sin pretensiones extraterritoriales.⁹ Durante los siglos VI al XI, bajo el imperio de las leyes bárbaras, no se desarrolló ninguna teoría de Derecho internacional privado.¹⁰

Mirando hacia América, en la Nueva España, se presentó una situación similar a la europea de los siglos VI al XII, atendiendo a que, con la conquista, convivían dos civilizaciones distintas entre sí. Por ello, Carlos I de España, al legislar para las Indias Occidentales, estableció, en la ley 4, título I, libro II de la Recopilación de Indias, que los indios se rigieran conforme a sus usos y costumbres. No obstante, dicha legislación fue letra muerta, debido a la imposición de la religión católica y a que los indios rara vez acudían a las Reales Audiencias de Indias, debido a la natural desconfianza de los indígenas hacia las instituciones del conquistador y a la conveniencia de los caciques naturales de aplicar la ley española en beneficio de su mejor posición económica y política.¹¹

1.1 Estatutos personales o personalidad de las leyes.

El estatuto personal, sistema de Derecho que rige a una persona independientemente del sistema de Derecho vigente en el país en donde se encuentra, encontró su fundamento cuando las tribus bárbaras europeas comenzaron a mezclarse con los nativos y comenzó a hacerse notoria la necesidad de aplicar a cada cual la ley de donde proviniera,¹² de tal suerte que

⁹ TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, pp. 33-34.

¹⁰ WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 20.

¹¹ TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, pp. 34-36.

¹² Según la *Lex Ripuaria*, c. 31, § 3, habla de la *lex loci ubi natus fuit*. Cfr. WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 20-21. Contenidos similares tenía la *Lex Burgundiorum*, Cfr. MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 81.

se empleó la *professio iuris* o *professio iure*,¹³ en la cual cada persona, al tratar una relación jurídica, debía declarar la raza o tribu a la que pertenecía y la ley que le era aplicable.¹⁴ Evidentemente, los estatutos personales fueron cediendo terreno una vez que los sistemas tribales se fueron desarrollando hasta derivar en la creación de los Estados feudales.¹⁵ A partir del siglo X, en Francia y Alemania, las leyes personales de los sálicos, ripuarios y burgundios, fueron reemplazados por las leyes del país o territorio.¹⁶

Antes de que los Estados fundaran su soberanía en los territorios, regía el sistema de soberanía personal y, consecuentemente, la llamada personalidad de las leyes. Durante ese periodo, que podemos ubicar hasta el siglo XIII, las leyes seguían a las personas, es decir, se les aplicaba su estatuto personal.¹⁷

Los estatutos o *statutum* eran «en lo esencial una recopilación del antiguo Derecho consuetudinario de la ciudad y de sus comunidades comerciales –*statutum est arbitraria mundi norma que a vulgari hominum*

¹³ También llamada *professio legis*. Cfr. MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 81.

¹⁴ En Italia, las partes debía declarar en sus contratos en donde vivían, señalando, por ejemplo: que el vendedor (Sálico) «qui profitetur se lege salica vivere»; en procesos judiciales el juez podía preguntar al actor «qua lege vivis?»; y una Ordenanza real del siglo VIII obligaba a los jueces a preguntar «quale habeant legem ex natione»; según BRUNNER, *Deutsche Rechtgeschichte*, 2ª edición, p. 396, *op. cit.* en WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 21.

¹⁵ TRIGUEROS SARAIVA, Eduardo, *op. cit.*, pp. 33-34.

¹⁶ WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 21

¹⁷ NIBOYET, Jean Paul, *Derecho Internacional Privado*, Editora Nacional, México, 1960, pp. 201 y 206. Indica este autor que, por lo que respecta al periodo histórico de la personalidad del Derecho, debe consultarse como «obra fundamental» a NEUMEYER, *Die Gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat und Strafrechts, bis Bartolus*, tomos I y II, 1901-1916.

consuetudine procedit, según una definición de Buoncampagni alrededor de 1215—; pero muchos estatutos contenían también nuevas reglas jurídicas.»¹⁸

1.2 Glosadores.

Los pueblos bárbaros germánicos en Europa fueron desapareciendo hasta derivar en Estados que, en la misma medida que adoptaban formas feudales, abandonaban los estatutos personales para adoptar los principios de la territorialidad del Derecho, ante la mezcla de razas y la necesidad de protegerse de los otros Estados.¹⁹

Durante la dominación árabe en España, la legislación coránica se aplicaba solamente a quienes pertenecían al Islam, por lo que los mozárabes seguían regidos por el *Liber iudiciorum*, que continuó en vigor aún para los cristianos de Toledo después de la conquista de Alfonso VI. Durante bien entrada la Edad Media, existían estatutos personales para castellanos y leoneses. En Castilla existían estatutos personales para sacerdotes y mercaderes, moros y judíos.²⁰ Se expidieron leyes absolutamente territoriales, como, en España, las Leyes de Toro de 1505, estableciendo la prohibición de que se juzgara con leyes diversas a las españolas,²¹ aunque ya desde antes el *Liber iudiciorum*, había alcanzado una legislación común a todos los habitantes de ese país.²²

Las leyes territoriales conllevaban problemas de delimitación entre las leyes locales, los diversos estatutos existentes y la *lex*, así como los estatutos entre sí. Recordemos que en el siglo XIV, tomando como base las

¹⁸ WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 21 y nota 12, citando a GOLDSCHMIDT, *Levin Universalgeschichte des Handelsrechts*, 1891, p. 151, nota 29.

¹⁹ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 84.

²⁰ *Ibidem*, p. 88.

²¹ TRIGUEROS SARAIVA, Eduardo, *op. cit.*, pp. 39-40.

²² MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 85.

compilaciones de Justiniano, el Derecho romano era visto como la solución jurídica para todos los problemas existentes en el Sacro Imperio Germánico, por lo que los emperadores germánicos dieron al Derecho romano el carácter de Derecho general y superior a los estatutos locales. Por ello, los glosadores buscaron, en base al *buen sentido* o la equidad,²³ tomar como referencia las compilaciones de Justiniano para la solución de problemas jurídicos, aplicando la correcta interpretación de la ley o sistema exegético, semejante al que los primeros jurisconsultos romanos emplearon para el análisis de las Doce Tablas.²⁴

Algunos autores señalan como la glosa más antigua la de Aldricus,²⁵ aunque la más conocida es la de Accursio.²⁶ Este último, efectuó la glosa de la ley *Cunctos populos*,²⁷ contenida en el Código de Justiniano,²⁸ señalando que si un habitante de Bolonia debía ser juzgado en Módena, no debía ser juzgado

²³ Después llamados la *naturaleza de las cosas*. Cfr. NIBOYET, Jean Paul, *op. cit.*, pp. 211-212.

²⁴ TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, pp. 40.41.

²⁵ Neumeyer y Pillet, según TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, p. 40; NIBOYET, Jean Paul, *op. cit.*, p. 210; y WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 22, nota 15; y MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, Derecho Internacional Privado, 6ª edición, *op. cit.*, p. 85, éstos dos últimos siguiendo a Neumeyer.

²⁶ También conocido como Acursio, su glosa se sitúa, al parecer, en 1228. Cfr. NIBOYET, Jean Paul. *op. cit.*, p. 210.

²⁷ Dicha ley era relativa al dogma de la Santísima Trinidad, sirvió de base para las glosas de Bartolo y sus seguidores. Se encontraba redactada como sigue: *Cunctos populos: quos clementiæ nostræ regit imperium in tali volumus religione versari quam Divum Petrum Apostolum tradiidisse romanis*. Véase MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 96.

²⁸ Título I, Libro I. La ley *Cunctos populos*, son las primeras palabras del Codex, contenidas en el *Corpus iuris civilis*.

conforme a los estatutos de esta ciudad, pues no estaba sometido a ellos,²⁹ como lo demuestra la frase de la ley *Cunctos populos*: «los que están sometidos a nuestra benévola autoridad».³⁰ Para Aldricus, el juez debía aplicar el Derecho que le pareciera mejor y más útil, *quæ potior et utilior videtur*, lo cual ha sido interpretado de dos formas: (a) sobre si debía aplicarse el Derecho que tuviera la conexión más real del litigio³¹ o (b) si se refería a la cualidad del Derecho mismo.³² Para otros, la aportación de Aldricus fue descartar la aplicación sistemática de la *lex fori*, abriendo el paso a otro tipo de soluciones.³³

Las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio, en España, ya contenían, casi un siglo antes de la aparición de Bartolo, nociones territorialistas para resolver cuestiones conflictuales, admitiendo la regla de que las pruebas pudieran regirse por leyes extranjeras, como en la época del personalismo germánico, al contrario de las ideas de los glosadores que entonces establecían la distinción entre la *litis ordinatio* -regida por la ley del juez- y la *litis decisio* -sometida a la ley del contrato-.³⁴

1.3 Postglosadores o Escuela Italiana de los Estatutos.

Los postglosadores italianos, mejor conocidos como integrantes de la Escuela de Bolonia,³⁵ aplicaron también el método exegético para sus estudios,

²⁹ *Quod si Bononiensis conveniatur Mutinae, non debet iudicari secundum statuta Mutinae, quibus non subest.* Cfr. MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 96.

³⁰ Dicho de otra forma, una persona que no estaba sujeta a la «suave regla» de un Soberano, no estaba regida por ninguna ley de éste. Cfr. WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 25.

³¹ Posición defendida por Gutzwiller, citado en WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 22.

³² Cfr. WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 22.

³³ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 96.

³⁴ *Ibidem*, p. 89.

³⁵ NIBOYET, Jean Paul, *op. cit.*, p. 207.

pero sin basarse en los antiguos textos romanos, sino en las glosas de sus maestros, lo que les otorgaba mayor libertad en la interpretación de las recopilaciones de Justiniano. Además del método exegético, comenzaron a aplicar el método dialéctico, lo cual les otorgó a sus estudios mayor amplitud científica, llegando a crear un método *sui generis* de análisis en sus trabajos.³⁶

El primer objetivo de los postglosadores fue determinar porqué razón los estatutos locales debían prevalecer sobre las leyes romanas, el cual resolvieron con base en el principio romano de que la ley especial posterior deroga a la general anterior o *lex specialis posteriori derogat generali anteriori*. Sin embargo, debían todavía resolver si el problema de la derogación del Derecho romano debía entenderse de manera general a quienes gobernaba un estatuto o aplicando el estatuto a los casos previstos en el mismo y respecto del territorio gobernado por el propio estatuto. Este problema se relacionaba al de la eficacia normativa que los estatutos de un lugar pudiesen tener en un lugar diverso, lo cual ya era común debido a la creciente relación comercial entre las diversas ciudades italianas.³⁷

En el Sacro Imperio Romano Germánico imperaba el Derecho romano como Derecho común general, que se entendía derogado por el Derecho nacional de los diversos Estados que integraban el Imperio, mismo que a su vez quedaba sin aplicación en todo lo que dispusieran los estatutos de las ciudades y provincias en particular. En consecuencia, los postglosadores debían precisar cuando aplicar un estatuto derogatorio del Derecho romano general, atendiendo a si ese estatuto era aplicable en cuanto a la persona en particular o en relación a la situación geográfica de sus bienes, de donde después provino la distinción, atendiendo a la causa de derogación, entre estatutos personales, aquellos que se aplican extraterritorialmente a una persona, y reales, los que se aplican en un determinado territorio.³⁸ Aunque de apariencia sencilla, el problema resultaba complejo en la práctica, por lo que

³⁶ Véase TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, p. 42.

³⁷ *Ibidem*, pp. 42-43.

³⁸ *Ibidem*, pp. 45-46

existieron múltiples divisiones y distinciones. Cada uno de los autores de la época otorgaba diversas soluciones al clasificar los estatutos que no se referían de manera evidente a relaciones personales o reales.

Los primeros postglosadores son Guillermo Durante, Jacques de Revigny,³⁹ Pedro de Belleperche, Cino de Psitoya, Alberico de Rosate y Juan de Fabre, quienes son considerados como los antecesores de la teoría italiana de los estatutos, pero los estudios más completos corresponden a Jacobo Balduino,⁴⁰ Baldo de Ubaldis,⁴¹ Bartolo de Sassoferrato, Saliceto, Pablo de Castro y Roque Curtius, considerados como los expositores de la doctrina italiana.⁴² Los representantes de la Escuela de Bolonia en Francia fueron Juan Mauser, Chasseneux, Tiraqueau, Guillermo de Cuneo⁴³ y, el más conocido de todos, Charles Domoulin.⁴⁴

En esta escuela se desarrolló un principio de Derecho internacional privado al señalar que las leyes impuestas por un príncipe o ciudad son

³⁹ Obispo de Verdún, nacido en Lorena, Francia (1274-1296), también conocido como Jacobo de Rávena.

⁴⁰ Cfr. WOLFF, Martin, *op. cit.*, pp. 22-23.

⁴¹ Sobre la obra de Baldo puede encontrarse un completo estudio en MEIJERS, *Repetitio super lege Cunctos populos*, 1939; citado en WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 23, nota 21.

⁴² TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, p. 47.

⁴³ Quien al parecer estableció, en el siglo XVI, la regla *locus regit formam actus*, pues en esa época la regla no se restringía a las cuestiones de forma, como en la actualidad, sino también regía las condiciones sustantivas para la validez de algún acto y sus efectos. Cfr. WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 23.

⁴⁴ (1500-1566), abogado del Parlamento de París y profesor de Tubinga. También conocido como Carolus Molineaus, según Wolff, y Caroli Molinæi, según Niboyet, o como Camilo Dumoulin, según Trigueros. Se dice que Dumoulin personifica la transición entre las Escuelas de Bolonia y la de los postglosadores franceses, encabezada por D'Argentré, de quién fue contemporáneo. Cfr. NIBOYET, Jean Paul. *op. cit.*, p. 208.

obligatorias solamente a sus súbditos⁴⁵, así como la regla *statutum non ligat nisi subditos*,⁴⁶ como una antítesis a la regla *lex fori*.⁴⁷ Pero una de «las más esenciales» de las distinciones del Derecho internacional privado fue establecida por Jacobo Balduino,⁴⁸ al hacer la distinción entre el Derecho sustantivo *-consuetudo ad litem decidendam-*,⁴⁹ que se regulaba por la ley del lugar *-ubi contractum est-*; y el Derecho del procedimiento *-consuetudo ad litem ordinationem introducta-*,⁵⁰ regulado por la ley del foro. Aunque en un principio no fue aceptada dicha regla por todos los italianos, fue adoptada por los postglosadores franceses, por lo que la regla se terminó aceptando también en Italia, dando origen a la regla universal *locus regit actum*.⁵¹

Bartolo de Sassoferrato, para distinguir sobre la naturaleza de la relación normada por el estatuto en estudio, cuando la ley se refería simultáneamente a personas o cosas,⁵² procedía a resolverlo a través del sistema gramatical,

⁴⁵ *Imperator non imposuit legem nisi suis subditis. Subditos tantum ligat consuetudo cuiusque civitatis*, según Meijers, citado por WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁶ La cual Neimeyer atribuyó a Roffredus y Meijers a Karolus de Tocco. Véase MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.* p. 97.

⁴⁷ Atribuida a Azón. Véase MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 97.

⁴⁸ También llamado Jacobus Balduinus.

⁴⁹ También llamado *ad decidendam litem*. Cfr. MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 97.

⁵⁰ También llamado *ad ordinandam litem*. Cfr. MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 97.

⁵¹ WOLFF, Martin, *op. cit.*, pp. 22-23; en el mismo sentido NIBOYET, Jean Paul, *op. cit.*, p. 212; para algunos autores, la regla *locus regit actum* fue establecida por Bartolo, Cfr. CAICEDO CASTILLA, José Joaquín. *Derecho Internacional Privado*. 5ª edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1960, p. 251.

⁵² Dificultad que se acentuaba al analizar la *consuetudo angliæ*, costumbre inglesa relativa a la progenitura. Para resolver sobre si un estatuto era real o personal, Bartolo atendía al orden de las palabras. Si el estatuto decía

determinando si la disposición había sido formulada en relación a la persona o a la cosa, lo que revelaba la mente del legislador, dependiendo quién fuera el sujeto de la oración.⁵³ Aunque su método ha sido criticado, se dice que fue quien descubrió las «múltiples virtualidades inherentes al Derecho internacional privado», pues para solucionar los problemas del conflicto de leyes, su punto de partida eran las reglas de Derecho que existían en un territorio determinado, por ejemplo la diversidad de costumbres existentes en las ciudades-Estado italianas, y no la agrupación de relaciones jurídicas entre personas, como hicieron sus predecesores.⁵⁴ Por ello, la escuela de Bartolo de Sassoferrato en Francia, Holanda y Alemania, intentó clasificar las costumbres –*coutumes*- provinciales y locales que existían en esos países.⁵⁵

También se adjudica a los postglosadores la distinción entre las reglas estatutarias y consuetudinarias relativas a las personas, denominadas estatutos personales –*statuta personalia*–, que regían para el estado jurídico de las personas; y los relativos a las cosas, estatutos reales –*statuta realia*–, que regían para todos los derechos sobre inmuebles situados en el territorio donde eran aplicables esos estatutos. Pero se dice que fue Bartolo de Sassoferrato quien mejoró la regla adicionando una tercera clasificación, llamada de estatutos mixtos –*statuta mixta*–, aplicando a la forma de los contratos las leyes del lugar en donde fueron hechos; y aplicando la ley del lugar de ejecución para las reglas de «ruptura» o rescisión a los contratos.⁵⁶

«*primogenitus succedat in immobilia*», entonces consideraba el estatuto como personal, al ser la primera palabra primogénito. Si el estatuto señalaba «*bona decedentium veniant in primogenitum*», entonces el estatuto se refería a *bona* y, por tanto, era real. Cfr. WOLFF, Martín, *op. cit.*, p. 24.

⁵³ CAICEDO CASTILLA, José Joaquín, *op. cit.*, pp. 249-250. En el mismo sentido: WOLFF, Martín, *op. cit.*, p. 24; TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, pp. 47-48.

⁵⁴ WOLFF, Martín, *op. cit.*, pp. 23-24

⁵⁵ *Ibidem*, p. 23.

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 23-24.

Saliceto se pronunció por el carácter personal de estatuto del domicilio del difunto, tratándose de muebles y, por el carácter real, tratándose de inmuebles. Alberico de Rosate, conforme a la idea romana de la universalidad, considera que siempre debe aplicarse la ley del *de cuius*, pues rige sus actos personales en relación a todos sus bienes, cualquiera que sea su clase y situación, idea que es aceptada hasta la fecha por las legislaciones actuales, sustituyendo, en ocasiones, la ley nacional por la del domicilio.⁵⁷

Según la doctrina de los postglosadores, era preciso dar a cada ley la aplicación que le correspondiera, según su propia naturaleza. Para hacerlo, no podían partir de ninguna idea *a priori*. De tal suerte que las relaciones jurídicas fueron divididas en tantos grupos como consideraron necesario -delitos, testamentos, contratos, etc.-, para después dar a cada uno de esos grupos la solución que estimaban aplicable.⁵⁸

Las doctrinas estatutarias italianas han sido criticadas, asegurando que fueron demasiado generales, olvidando que el problema a determinar en la aplicación de normas extranjeras no consiste en saber si una ley, por su contenido, es extraterritorial, sino determinar, dentro de un sistema jurídico en particular, que situaciones de Derecho pueden estar regidas por leyes extrañas a ese sistema jurídico. La forzada posición en que los estatutarios se colocaron al pretender clasificar todas las leyes o estatutos con el carácter de personales o reales, fue ineficaz para resolver el problema de la aplicación de leyes extranjeras cimentando «errores sobre los cuales se ha tratado de edificar durante varios siglos la ciencia del Derecho internacional privado».⁵⁹

A pesar de que, al no seguir un sistema determinado en sus estudios propusieron algunas soluciones contradictorias, a la Escuela de Bolonia se deben principios de propiedad como el de *lex rei situs* o *lex rei sitæ*, aplicada a los inmuebles y a los muebles que por su origen pertenecieran al territorio, la

⁵⁷ TRIGUEROS SARAIVA, Eduardo, *op. cit.*, pp. 47-48.

⁵⁸ Como lo señala Lainé, citado por NIBOYET, Jean Paul, *op. cit.*, pp. 211-212.

⁵⁹ TRIGUEROS SARAIVA, Eduardo, *op. cit.*, pp. 49-51.

res in territorio natae.⁶⁰ La escuela de los estatutos aceptó la teoría bretona del siglo XIV,⁶¹ relativa a los bienes muebles, de «*les meubles suivent la personne, mobilia personam sequuntur*».⁶²

1.4 Escuela estatutaria francesa.

La escuela francesa continuó con los estudios de los postglosadores italianos, cobrando especial importancia las doctrinas francesas antiguas. En el siglo XVI, iniciando la etapa del Renacimiento, se acrecentó el tráfico jurídico internacional, especialmente derivado del comercio. En Francia se redactaron las *costumbres*, ordenadas en 1443 por Carlos VII, lo que hizo patente la existencia de diversas soluciones a un mismo problema jurídico en las diferentes regiones del país.⁶³ Los principales estudiosos de esos problemas fueron Charles Dumoulin,⁶⁴ Bertrand D'Argentré⁶⁵ y Guy Coquille.⁶⁶

⁶⁰ Cfr. WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 23.

⁶¹ Según Wolff, fue Meijers quien ha demostrado que la formula no corresponde a Ubaldo y que, probablemente, sea de origen francés. Cfr. WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 24 y nota 23.

⁶² Aunque anteriormente la glosa de Accursio ya establecía la regla *mobilia ossibus inhaerent*, que se aplicaba a las cosas incorpóreas. Cfr. WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 24.

⁶³ TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, p. 54.

⁶⁴ Como se ha señalado anteriormente, se dice que dicho autor se encuentra ubicado entre las escuelas italianas y francesas antiguas, sirviendo de transición entre ellas. Su obra: *Opera quæ extant omnia*, París, 1681.

⁶⁵ (1519-1590), Pertenece a la antigua nobleza, fue presidente de la Senescalía de Rennes, habiendo sido magistrado, historiador, legislador y jurisconsulto. Su obra: *Commentarii in patriam Britonum leges et consuetudines generales antiquis*, 1584, mejor conocida como Comentarios a la costumbre de Bretaña.

⁶⁶ (1523-1603), su obra se tituló: *Annotations et commentaires de la coutume de Nivernais*, 1605.

Dumoulin aunque sigue a los estatuarios italianos y parte para su estudio de la glosa de Accursio, no toma como punto de partida la relación de la ley o costumbre y del Derecho romano general, sino que establece, feudalmente, que todos los estatutos son reales *-toutes les coutumes sont réelles-*, lo cual normó a todas las escuelas estatutarias posteriores. Desde luego, Dumoulin admitió la necesidad de que las costumbres o leyes que tienen por objeto a las personas debieran tener efectos extraterritoriales y determinó la clasificación de las leyes extraterritoriales en razón de su objeto, agregando solamente que la voluntad de las partes en los contratos debe ser extraterritorial por ser superior a la ley.⁶⁷

D'Argentré combatió las ideas de Dumoulin y se separó de las ideas estatutarias italianas, llevando más allá la teoría de la territorialidad absoluta de la ley, limitándose a aceptar su aplicación extraterritorial solo en razón de un sentimiento de protección a los extranjeros, estableciendo la aplicación de ciertas leyes extranjeras como un deber jurídico y fundamentando su aplicación en la materia regulada por la ley, dividiendo los estatutos en reales, personales y mixtos.⁶⁸ Consideró que solamente los estatutos personales pueden tener aplicación extraterritorial, subdividiéndolos en generales y especiales. Los

⁶⁷ TRIGUEROS SARAIVA, Eduardo, *op. cit.*, pp. 54-55.

⁶⁸ Para Niboyet, la clasificación de D'Argentré fue bipartita, limitándose a dividir los estatutos en reales y personales. Para aquel autor, el «gran error» de la doctrina francesa fue la clasificación bipartita y puramente artificial de los estatutos. Sin embargo señala que D'Argentré «inventó» los estatutos mixtos en base a su fórmula de que las *costumbres son reales; excepcionalmente, pueden ser personales*, debido a que dicha fórmula contiene la idea de que, en un principio, se deben aplicar las leyes propias a todos los conflictos y, excepcionalmente, para no hacer imposible el tráfico jurídico internacional, deben aplicarse las leyes personales. De esa forma, señaló que los estatutos mixtos, aunque necesariamente reales, se aplica cuando las leyes se refieren a la persona universalmente y de manera estricta. Cfr. NIBOYET, Jean Paul, *op. cit.*, pp. 218-219.

estatutos personales generales son aquellos que se refieren a la persona, pudiendo ser invocados ante tribunales extranjeros. Los estatutos personales especiales, aquellos que regulan la capacidad especial para un acto determinado o en relación a bienes, estatutos que deben ser personales debido a su íntima relación con los bienes.⁶⁹

Bajo el axioma *omnia statuta in dubio realita*, D'Argentré estableció, que en caso de duda sobre si los estatutos son reales o personales o cuando parecieran aplicables parcialmente ambos, deberían siempre de estimarse reales. Desestimó la idea romana de sucesión universal en donde las sucesiones son regidas por una sola ley, señalando que cuando los bienes de la sucesión estuvieran situados en diversos países debieran ser regidos por la ley del país en que estuviesen ubicados. Esta idea ha sido adoptada por el Derecho angloamericano, así como por países de tradición romanista, como Francia, Bélgica y Austria.⁷⁰

En un principio, las ideas de D'Argentré no tuvieron acogida en Francia, sin embargo, pasaron de inmediato a Holanda en donde fueron bien recibidas y fueron plasmadas en el Edicto perpetuo de 1611. Posteriormente se radicaron en Alemania y, finalmente, en el siglo XVIII, en Francia.⁷¹

Guy Coquille, consideró al legislador omnisciente y omnipotente, igual que lo hicieron los postglosadores. Afirmó que no es necesario recurrir al Derecho romano para fundar la extraterritorialidad de la ley, sino que la fundó en el Derecho natural, guiándose por la *mente del legislador*, señalando que, cuando es clara la intención de éste para que la ley se aplicara extraterritorialmente, debe ser aplicada de esa forma, pues de lo contrario se violaría el Derecho natural que la ley consagra. Planteado así el problema, su teoría ha sido criticada pues se dice olvida que el legislador tiene un poder

⁶⁹ TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, pp. 55-56.

⁷⁰ Cfr. WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 26.

⁷¹ Cfr. NIBOYET, Jean Paul, *op. cit.*, p. 213, y WOLFF, Martin, *op. cit.*, pp. 26-27.

limitado y existe un límite de validez territorial de la norma jurídica, sin pensar en que la ley extranjera debe aplicarse en nuestro territorio, sino en el efecto extraterritorial de nuestra ley.⁷²

1.5 Escuela Holandesa o de la cortesía internacional.

Las ideas estatutarias francesas del siglo XVI, especialmente las de Bertrand D'Argentré, tuvieron especial aceptación en Holanda para dar solución a los conflictos de leyes. Cuando Holanda se separó del Sacro Imperio Romano de Occidente, celosa de su independencia, negó todo valor superior al Derecho romano, rescatando el principio estatutario francés de que *todas las leyes son territoriales*. Fue en 1537, con la redacción de las Costumbres de los Países Bajos, cuando se inició realmente el estudio del conflicto de leyes, formándose la Escuela Holandesa del siglo XVII, escuela estatutaria cuyos exponentes fueron Nicolas Burgundus,⁷³ Christian Rodenburg,⁷⁴ Pierre Stockmans,⁷⁵ Paul Voët⁷⁶ y Jean Voët,⁷⁷ siendo el principal, Ulricus Huber.⁷⁸

⁷² TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, pp. 56-57.

⁷³ (1586-1649), También llamado Nicolás Burgoine y Nicolás Burgundio, escribió: *Ad consuetudines, Flandriæ Aliarum gentium tractatus*, 1621. Se dice que Burgundio, abogado de Gante, miembro del Consejo de Bravante, solamente glosó las ideas francesas de Bertrand D'Argentré sin que incorporara nada nuevo a su doctrina. Véase TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, p. 126.

⁷⁴ Christian Rodenburg (1618-1688), Miembro del Consejo de Utrecht, escribió *Tractatus de iure conjugum*, 1643.

⁷⁵ (1608-1671), Miembro del Consejo del Brabante, donde fue colega de Burgundo, publicó en 1670 una recopilación o colección de resoluciones comentadas.

⁷⁶ (1610-1677), también llamado Pablo Voet, publicó *De statutis eorumque concursu* en 1661 y *De statutis et mobilium et immobilium natura*.

Rodenburg estableció que el legislador no puede dictar disposición alguna en relación a cosas situadas fuera del territorio holandés o de personas domiciliadas fuera de él. Sus ideas fueron desarrolladas por los demás estatuarios, hasta que Paul Voët hizo notar la contradicción en que incurrieron los estatuarios franceses al establecer la territorialidad absoluta y pretender que los jueces acepten y apliquen la ley extranjera. Señaló la injusticia y consecuencias que conlleva el que un individuo, al cambiar de domicilio, se vea desprovisto de sus derechos, haciendo ver el interés de todos los Estados de que los derechos de sus nacionales se vean protegidos fuera de sus fronteras.⁷⁹

Jean Voët, continuó la teoría diciendo que, en realidad, el juez nacional solamente debía aplicar la ley extranjera cuando así lo considerara conveniente el Estado por una cuestión de cortesía internacional, considerando, además, que los demás Estados se verían obligados a actuar en reciprocidad. Al efecto escribió:

Lo mismo que cada particular, en el orden civil, será menos feliz durante su vida rehusando a los demás sus buenos oficios y renunciando recíprocamente a los de los demás, aunque no implique injusticia alguna el hecho de dejar a los demás lo que les pertenece, guardando lo propio para sí, condenándose, mediante el aislamiento, a un modo de vivir difícilísimo, las autoridades de los diversos países,

⁷⁷ (1647-1714), Hijo de Paul Voët. También llamado John Voet, escribió *Commentarius ad Pandectas*, 1698-1704. La parte de interés para el Derecho internacional privado es el título IV del libro I.

⁷⁸ (1626-1694), Frisiano, también llamado Ulrich, Ulric o Ulrico Huber, escribió el capítulo *De conflictu legum diversarum in diversis imperiis* como apéndice dentro de su tratado *Prælectiones iuris civiles*, II, Lib. 1, tit. 3, núm. 19, 1684.

⁷⁹ TRIGUEROS SARAIVA, Eduardo, *op. cit.*, pp. 126-127. En el mismo sentido Cfr. NIBOYET, Jean Paul, *op. cit.*, pp. 222-223.

soberanas e independientes entre sí, harán más difícil la condición de sus súbditos si no atenúan el rigor del citado Derecho y si se niegan a aplicar recíprocamente sus decisiones mediante una mutua condescendencia; cada una de ellas perturbará, trastornará, anulará los actos y los decretos de las otras, incluso los mejores, y verá a los demás perturbar, restringir o destruir los suyos en virtud de la ley del Talión y del rigor del Derecho; lo que ocasionará a sus súbditos numerosas molestias y dificultades.⁸⁰

Fundándose en el concepto de soberanía *-imperium-*, Jean Voët estableció que los Estados están en libertad de promulgar sus propias normas para resolver los conflictos de leyes, ya sea que ordenen la más pura territorialidad de sus leyes o que acepten, en ciertos casos, la aplicación de una ley extranjera. Señaló que la libertad de elección legislativa del Estado no se puede ver limitada en forma alguna por reglas de Derecho internacional público, de tal suerte que el Derecho internacional privado es nacional. Así las cosas, se estableció el principio de la *comitas* o *comitas gentium* que se traduce en la conducta cortés y benevolente de los Estados basada en la reciprocidad.⁸¹

Ulricus Huber fue quien cristalizó la idea de Jean Voët en tres principios básicos: (a) las leyes solo tienen imperio en el territorio del propio Estado y sobre todos sus súbditos, sin tener efecto fuera de dicho Estado, lo cual constituye el principio de la más pura territorialidad; (b) son súbditos del Estado todos aquellos que se encuentren en su territorio, ya sea de manera temporal o transitoria; (c) los jueces, por cortesía *-comiter agunt-*, aplican leyes extrañas que no pueden imponerse por fuerza ni por Derecho, sino dentro del territorio

⁸⁰ Párrafo que Niboyet transcribe en su obra y dice haber transcrito a su vez de la obra de Lainé. Cfr. NIBOYET, Jean Paul, *op. cit.*, pp. 222-223.

⁸¹ WOLFF, Martin, *op. cit.* p. 27.

en el que fueron creadas, de tal suerte que las leyes pueden tener un efecto extraterritorial a través de la *comitas gentium*.⁸²

Un factor que incidió destacadamente en las teorías estatutarias holandesas, fue el desarrollo del Derecho internacional público que, en la misma época, tuvo su principal exponente en Hugo Grocio.⁸³

1.6 Segunda Escuela Estatutaria Francesa.

Luego de los postulados de los estatuarios franceses del siglo XVI, se desarrollaron sus ideas a través de la jurisprudencia del siglo XVII y principios del XVIII, decayendo su desarrollo teórico, mismo que se vio limitado a autores como Braquet, Du Pré y M. de Riparfont.⁸⁴ Al morir este último, legó su importante biblioteca al Colegio de Abogados de París, con la condición de que se reunieran periódicamente para discutir problemas derivados de la diversidad de las costumbres, con lo que renació el estudio de la disciplina a través de la segunda Escuela Estatutaria Francesa, también llamada Escuela Francesa del siglo XVIII.⁸⁵ Los tres principales representantes de esta corriente⁸⁶ fueron L. Froland,⁸⁷ Boullenois⁸⁸ y Bouhier.⁸⁹ También se mencionan, aunque de manera secundaria pero con influencia en su época, a Pothier y Merlin.⁹⁰

⁸² TRIGUEROS SARAIVIA, Eduardo, *op. cit.*, p. 127; WOLFF, Martin, *op. cit.*, pp. 26-27.

⁸³ WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 28.

⁸⁴ Abogado del Parlamento de París.

⁸⁵ En ese sentido Cfr. TRIGUEROS SARAIVIA, Eduardo, *op. cit.*, p. 58; y NIBOYET, Jean Paul, *op. cit.*, p. 214.

⁸⁶ Quienes han sido calificados como «sobresalientes juristas prácticos» y se dice que, si bien no aportaron nuevas ideas avanzaron en el estudio de los conflictos de leyes respecto a ciertos puntos en concreto. Cfr. WOLFF, Martín, *op. cit.*, p. 28.

⁸⁷ (¿-1746) Abogado del Parlamento de París, publicó, en 1729: *Memoires concernant a la nature et la qualité des status, diverses questions mixtes de*

El trabajo de Froland se hizo consistir en una cuidadosa recopilación de los autores anteriores y de diversas sentencias, agregando comentarios y análisis propios. Si bien no entró al fondo mismo del problema, aplicando los mismos métodos que sus antecesores y ocupándose de determinar la calidad de los estatutos, se mostró partidario de la *personalidad* del Derecho, diciendo que la persona es más noble y debe imperar sobre los bienes de que se sirve.⁹¹

Boullenois publicó varias obras⁹² influido por las ideas de D'Argentré y de los estatutarios holandeses, principalmente por Rodenburgh, considerando que, en caso de duda sobre el estatuto a aplicar, deberá optarse por considerar el estatuto real, debido a que la persona, desprovisto de bienes, es un cadáver. En contra de los postulados de D'Argentré, niega la clasificación tripartita de los estatutos, limitándolos a la clásica división de reales y personales, reduciendo, al igual que lo hace D'Argentré el estatuto personal extraterritorial a aquel que otorga capacidades o incapacidades generales relativas al estado de la persona, pero agrega como estatuto personal aquel que regula las obligaciones. Su doctrina se reduce en once postulados, testimonio de su

droit et des coutumes et la plus part des arrêts qui les ont décidés (Memorias acerca de la naturaleza y la clase de los estatutos, diversas cuestiones mixtas de Derecho y de costumbres y la mayor parte de las sentencias que las han decidido).

⁸⁸ (1680-1762), abogado del Parlamento de París. *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, París, 1766.

⁸⁹ (1673-1746), Presidente del Parlamento de Borgoña y miembro de la Academia Francesa. Autor de las *Observations sur la coutume du Duché de Bourgogne*, Dijon, 1742-1746.

⁹⁰ Cfr. NIBOYET, Jean Paul, *op. cit.*, p. 216.

⁹¹ TRIGUEROS SARAIVA, Eduardo, *op. cit.*, p. 59.

⁹² Las de mayor importancia para nuestra disciplina son *Traité de la personnalité et de la réalité des coutumes ou statuts, par forme d'observations*, publicado en 1766, y *Dissertations sur les questions qui naissent de la contrariété des lois et des coutumes*, publicado en 1732.

tendencia territorialista. Al igual que Froland, no estudió el problema de fondo, sino que se limitó a fijar las clasificaciones de los estatutos, dando por sentadas las teorías de la primera escuela francesa.⁹³

Bouhier⁹⁴ aceptó la idea de que las leyes pueden aplicarse fuera de su territorio en virtud de su propio valor, pero trata de justificar su postura en la idea de justicia, fundando la extraterritorialidad de las leyes en el bien común, la comunidad de soberanía, la utilidad recíproca, así como la unidad y permanencia de la persona humana. Habla de una especie de Derecho de gentes en donde la ley se aplica extraterritorialmente siempre que la equidad y la utilidad común lo pidan. Defiende la personalidad de las leyes y califica de anticuada la territorialidad de las leyes.⁹⁵

Un autor que resumió las ideas de los principales exponentes de la segunda escuela francesa, fue D'Auguesseau, quien resumió la teoría de la época, partiendo de la división de los objetos del Derecho que hace Justiniano en la *Instituta*, dividiendo los estatutos en reales, personales y mixtos. Los reales son aquellos que se relacionan a la cualidad y naturaleza de los bienes de que se puede disponer; los personales son los que afectan a la persona, formando su estado y capacidad; los estatutos mixtos, aquellos que se refieren a todos los actos lícitos del hombre, convencionales o de otra clase.⁹⁶

La mayor importancia de las escuelas estatutarias francesas, radica en que sus ideas fueron plasmadas en el Código Civil de Napoleón, calificado como el monumento legislativo más importante del siglo XIX, cuyas disposiciones fueron modelo de las principales legislaciones de Europa y América, incluida la mexicana.⁹⁷ Sin embargo, el Código Civil francés, en su

⁹³ TRIGUEROS SARAIVA, Eduardo, *op. cit.*, pp. 59-60.

⁹⁴ En su obra *Observations sur la coutume de Bourgogne*.

⁹⁵ TRIGUEROS SARAIVA, Eduardo, *op. cit.*, pp. 60-61.

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 61-62.

⁹⁷ En Europa, las principales legislaciones seguidoras del Código Civil francés fueron los códigos civiles de los Países Bajos de 1829, Rumania de 1865, los

artículo 3° asimilaba las ideas de los estatutarios franceses respecto de que la ley personal es la del domicilio, pero cambiándola ésta por la ley de la nacionalidad, como lo preconizara Mancini en 1851.⁹⁸

1.7 Tercera escuela estatutaria francesa o del siglo XIX.

Con la promulgación del Código Napoleón, las escuelas estatutarias francesas dejaron de ser sólo eso para convertirse en disposiciones legislativas vigentes y objeto de emulación mundial. Durante el siglo XIX, se desarrolló en Francia una corriente doctrinaria que tuvo por objeto justificar las disposiciones contenidas en el Código Civil. Su principal exponente fue Lainé⁹⁹, quien sostuvo que debe seguirse el sistema de los postglosadores y Dumoulin, pero evadiendo la rigidez de su clasificación, estudiando los hechos jurídicos y sus fenómenos para establecer nuevas distinciones, fundando sus soluciones en el espíritu de justicia. Considera a Bartolo de Sassoferrato como predecesor de Savigny, justificando su idea de interpretar el sentido de las leyes de forma gramatical, llegando a proponer la restauración del sistema.¹⁰⁰

2. Teorías modernas.

Mientras los postglosadores estudiaron conflictos interprovinciales y los estatutarios conflictos supranacionales, supraprovinciales y supralocales,¹⁰¹ ante la unificación del Derecho nacional, especialmente en Francia, las teorías

Códigos de Italia de 1865, Portugal de 1867, España de 1888 y diversas leyes de los estados latinoamericanos, mismas que superaron a su modelo francés. Cfr. WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 40.

⁹⁸ TRIGUEROS SARAIVA, Eduardo, *op. cit.*, pp. 63-65.

⁹⁹ Su obra *Introduction au droit international privé*, 1888.

¹⁰⁰ TRIGUEROS SARAIVA, Eduardo, *op. cit.*, pp. 65-66.

¹⁰¹ WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 28.

modernas comenzaron a ocuparse, en el siglo XIX, de los conflictos puramente internacionales. A la luz de las ideas de Juan Bautista Vico y Montesquieu, cristalizadas más tarde en Kant, se abandonaron el empirismo de tiempos pasados y se emprendieron nuevos estudios siguiendo métodos científicos, con tendencia realista, ante la desaparición de las corrientes del Derecho natural. A diferencia de las escuelas antiguas, que se formaron de manera sucesiva, las escuelas modernas se presentaron de manera simultánea.

Las teorías modernas del Derecho internacional privado encontraron su principal motor en la Revolución Francesa, a finales del siglo XVIII, y los esfuerzos codificadores¹⁰² franceses, belgas, austriacos bávaros y prusianos de finales del siglo de las Luces y principios del siglo XIX, lo que tuvo como consecuencia que los estudiosos del Derecho quisieran conocerlo desde su punto de vista del ser y no del deber ser, como hicieron los estatutarios.

El primer esfuerzo codificador fue el bávaro, con el *Codex Maximilianeus Bavaricus* de 1756, en donde se acogieron las ideas estatutarias, salvo en tratándose de bienes muebles en donde se aplicó la regla *lex situs*. Siguió el Código general prusiano de 1794, cuya originalidad fue la de aplicar el principio *res magis valeat quam pereat* al Derecho internacional privado, favoreciendo la aplicación del Derecho del lugar en donde el acto resultara válido. El Código Civil francés de 1804 o Código Napoleón, se distinguió por establecer el principio de aplicación de ley de la nacionalidad en vez de la del domicilio. El último gran Código fue el austriaco de 1811, en donde se adoptó el principio francés de la nacionalidad para ser aplicado en el estado personal y la capacidad de las personas.¹⁰³

En Europa, las principales legislaciones seguidoras del Código Civil francés fueron los Códigos Civiles de los Países Bajos de 1829, Rumania de 1865, Italia de 1865, Portugal de 1867, los de España de 1829 –de Saenz de

¹⁰² Mismos que dieron origen a la producción de las teorías universalistas. Cfr. MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 129.

¹⁰³ WOLFF, Martin, *op. cit.*, pp. 30-31.

Andino-- y el de 1885, así como diversas leyes de los países latinoamericanos, mismas que superaron a su modelo francés.¹⁰⁴

El Derecho internacional privado alemán fue codificado en la Ley Introductoria al Código Civil de 1896, aunque dejó lagunas en materia de contratos y cuasicontratos, al considerar que en dichas materias no podían establecerse normas generales. El Derecho alemán influyó en las codificaciones japonesa de 1898 y china de 1918.

Algunos otros países no desarrollaron sus doctrinas de Derecho internacional privado con la codificación, tales como los países escandinavos y Finlandia que se basan en Derecho consuetudinario. Hasta bien entrado el siglo XX, la entonces Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y éstas mismas, habían desarrollado muy escasamente sus reglas sobre conflictos de leyes, aduciendo que no existía comunidad intelectual entre los Estados soviéticos y los burgueses, por lo que todo Derecho extranjero se tenía como procedente de un campo hostil.¹⁰⁵

El Derecho inglés y el Derecho estadounidense los trataremos de manera independiente más adelante.

2.1 Doctrinas internacionalistas.

La tendencia hacia la codificación de finales del siglo XVIII y principios del XIX, fue defendida en Alemania por Thibaut, profesor de Heidelberg, quién sostuvo¹⁰⁶ la necesidad de unificación de las legislaciones de los estados

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 40.

¹⁰⁵ MAKAROV, *Conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique russes*, 1932, pp. 28, 126, 127, citado en WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 42.

¹⁰⁶ En su obra *De la necesidad de un derecho civil general para Alemania*, publicada en 1814.

alemanes, a fin de evitar los inconvenientes y conflictos immanentes a la diversidad de leyes y costumbres existentes en esa época.¹⁰⁷

El también profesor Friederich Karl von Savigny¹⁰⁸ combatió las ideas de Thibaut con una formulación completa y sistemática de la Escuela Histórica,¹⁰⁹ para después esbozar su doctrina en relación al Derecho internacional privado.¹¹⁰ Otros exponentes de la doctrina internacionalista fueron los alemanes C. G. von Wächter¹¹¹ y Schäfner.¹¹²

Wächter señalaba que los jueces podían colmar las lagunas de su sistema normativo de conflicto de leyes aplicando su propia ley interna, lo cual fue combatido por el propio Savigny.¹¹³ Este último partió de la base, admitida por la escuela histórica, de que toda norma domina sobre cierto tiempo y territorio, que no siempre será el mismo, admitiendo que las leyes pueden tener efectos extraterritoriales. Señaló que las relaciones jurídicas entre personas o entre estas y las cosas, será jurídica en tanto exista una norma jurídica que gobierne esas relaciones, por lo que si el Derecho varía de país en país, es

¹⁰⁷ TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, p. 69.

¹⁰⁸ (1779-1861), alemán, profesor de las universidades de Heidelberg y Berlín.

¹⁰⁹ Principalmente con su obra *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y jurisprudencia*, publicada en 1814.

¹¹⁰ Contendida en sus obras *System des heutigen römischen Rechts* o *Sistema de derecho romano actual*, Berlín, 1840 a 1849, tomo VIII, 1849, e *Historia del derecho romano en la edad media*.

¹¹¹ Cuyos estudios fueron publicados en *Archiv für civilistische Praxis*, 1841, Tomo XXIV y 1842, Tomo XXV. Generalmente conocido como Waechter. Ha sido llamado «uno de los más grande juristas alemanes de todo tiempo» en LANDSBERG, E., *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, III, 1910, 386; citado en WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 33, nota 57.

¹¹² Por lo general conocido como Schaefer, autor de *Entwicklung des internationalem Privatrechts*, Francfort, 1841.

¹¹³ WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 33.

necesario determinar cual es el alcance de las normas cuando se encuentran en contacto con otras normas de Derecho.¹¹⁴

Savigny no partió del establecimiento *a priori* de principios absolutos, como lo hicieron las escuelas modernas holandesa e italiana, sino que consideró a las leyes como territoriales o extraterritoriales, siendo el Derecho internacional privado quien debe catalogarlas con arreglo a su naturaleza y objeto. De esta forma, destruyó la tradicional clasificación de estatutos personales y reales. Rechazó la idea de la cortesía de Story, diciendo que la ley extranjera es aplicable por ser la única ley competente, pues el juez nacional no debe aplicar las leyes de su país más que a las personas y a los casos para los cuales han sido hechas.¹¹⁵

Concluyó en que no hay razón por la cual los jueces de un Estado se vean obligados a aplicar solamente su ley nacional, pues equivaldría a negar la existencia de los conflictos de leyes, por lo que desecha la territorialidad de las leyes y propone que los jueces puedan analizar cualquier Derecho a fin de encontrar la ley más adecuada para resolver el problema propuesto, pues las leyes de todos los países forman un Derecho común emanado de la conciencia jurídica popular, formado por una constante evolución a la luz del cristianismo y del Derecho romano. Savigny señaló que todos los Estados debían aplicar el Derecho de los demás Estados de manera recíproca, en condiciones de absoluta paridad, por considerarse equivalentes unos respecto de los otros. A dicha postura se le llama el principio de la *comunidad jurídica internacional*.¹¹⁶

El principio de comunidad jurídica internacional o comunidad de Derecho, fue criticado por Eduardo Trigueros, señalando que la teoría se aparta de la realidad, en tanto que las diversas naciones no otorgan el mismo

¹¹⁴ TRIGUEROS SARAIVIA, Eduardo, *op. cit.*, pp. 69-71.

¹¹⁵ NIBOYET, Jean Paul, *op. cit.*, pp. 235-236.

¹¹⁶ TRIGUEROS SARAIVIA, Eduardo, *op. cit.*, pp. 69-71. Expresada como «una comunidad internacional de naciones que tienen relaciones entre sí», Cfr. WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 33.

valor jurídico a sus normas que a las de otros Estados.¹¹⁷ Sin embargo, otros autores, como Graulich, sostuvieron que, con la celebración de las convenciones auspiciadas por las Conferencias de La Haya, se ha llegado a un grado de perfección del Derecho internacional privado.¹¹⁸

Para Savigny, el criterio que los jueces deberán aplicar para elegir el sistema jurídico, más justo y conveniente, que debe resolver las controversias que les sean planteados, corresponde únicamente a la ciencia del Derecho. En ese tenor, basta que el juez analice la relación jurídica que da origen al problema a resolver para que, estableciendo de donde emana el problema defina su «sede jurídica» y, en consecuencia, defina cual es la regla de Derecho que debe aplicarse en general para resolver el problema. A este postulado se le conoce como el principio de sede jurídica de la relación y como excepción al mismo, Savigny señaló la existencia de una norma de aplicación obligatoria *-ius cogens-* por la cual el juez nacional se ve obligado a aplicar su propio Derecho y la institución desconocida para el juez, en cuyo caso también se verá obligado a aplicar su propia ley.¹¹⁹ La idea de la sede jurídica, ante su posible vaguedad, fue sustituida después por la de *centro de gravedad*, por Gierke, seguidor de Savigny, y por el inglés Westlake, cuando hablaba de la ley con el que una relación jurídica está más estrechamente conectada.¹²⁰

Sobre los principios de comunidad jurídica internacional y de sede de la relación jurídica, propone que la sede de las relaciones personales es el sistema del Derecho del domicilio; de los derechos reales la aplicación del

¹¹⁷ TRIGUEROS SARAIVA, Eduardo, *op. cit.*, pp. 72-73.

¹¹⁸ GRAULICH, Paul, *Principes de Droit International Privé*, Librairie Dalloz, París, 1961, p. 10-11. «Avec l'adoption de ces conventions, on a pu croire que le droit international privé était arrivé à son degré de perfection, qu'il avait atteint cet universalisme à peine rêvé par Savigny mais considéré par Mancini et ses disciples comme sa caractéristique essentielle».

¹¹⁹ TRIGUEROS SARAIVA, Eduardo, *op. cit.*, p. 71; en el mismo sentido WOLFF, Martín, *op. cit.*, p. 33.

¹²⁰ WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 35.

Derecho que corresponda al lugar en donde los bienes se encuentren; para las obligaciones, se aplique el Derecho del lugar en donde estas deban cumplirse, para las relaciones familiares, el del domicilio del padre o marido; y, para las sucesiones, el del último domicilio del *de cuius*.¹²¹

Los principios de Savigny fueron ampliamente adoptados por los tribunales alemanes, llegando a ser Derecho común alemán, al grado de que algunos antiguos principios estatutarios contrarios a las teorías de Savigny fueron falseados para permitir su interpretación conforme a las teorías del maestro alemán.¹²²

Se ha dicho que la teoría de la sede jurídica parece dar una posición real en el espacio a la relación jurídica abstracta, pero no lo resuelve, habida cuenta de que encontrar la ley más adecuada para resolver el problema planteado solamente comprueba que el problema existe.¹²³ Mancini señaló que las relaciones jurídicas o el conjunto de estas pueden tener su sede en diversos sistemas jurídicos con soluciones contradictorias, por lo que encontrar la sede jurídica nos lleva a mayores confusiones, lejos de resolver el problema.¹²⁴ Algo parecido sostuvo Luis von Bar,¹²⁵ discípulo de Savigny, al señalar que el error de su maestro fue partir de la base de que los fenómenos jurídicos estén relacionados con un solo sistema jurídico.¹²⁶

¹²¹ TRIGUEROS SARAVIDA, Eduardo, *op. cit.*, pp. 71-72.

¹²² WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 33.

¹²³ TRIGUEROS SARAVIDA, Eduardo, *op. cit.*, p. 73.

¹²⁴ MANCINI, Estanislao, *De l'utilité de rendre obligatoires les réglés de Droit International Privé*, Clunet, 1874, p. 287, citado en TRIGUEROS SARAVIDA, Eduardo, *op. cit.*, p. 73.

¹²⁵ *Théorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, 2 vol. Hannover, 1889; *Lehrbuch des internationalen Privat-und Strafrechts*, 1892; «Internationales Handelsrecht», *Handbuch des Handelsrechts*, Ehrenberg, I, 327, 1913.

¹²⁶ Citado por TRIGUEROS SARAVIDA, Eduardo, *op. cit.*, p. 73.

Durante la segunda mitad del siglo XIX, Massé, otro discípulo de Savigny, autor de la tendencia iusnaturalista del Derecho internacional privado, sostuvo,¹²⁷ sin desconocer la validez de las normas de Derecho interno, que para regular las lagunas que estas dejen, así como para regular las relaciones no previstas, es necesario recurrir a los principios supremos de razón, equidad y justicia, obligatorios para todos los Estados. Las normas positivas del Derecho interno que previenen la aplicación de una norma extranjera no tienen valor sino a la luz del Derecho natural superior y anterior al Estado o como excepciones al Derecho común superior. En consecuencia, las soluciones a los problemas de conflicto de leyes, aplicando la doctrina extraterritorial, deben buscarse en la *naturaleza de las cosas* que, generalmente, conforma las leyes de los Estados.¹²⁸

Para Niboyet, hablar de la *naturaleza de las cosas*, como antes lo hicieron los posglosadores, es un error que causa incertidumbre, pues es una noción vaga que no conduce a ninguna solución precisa y más que clasificar las leyes conduce al impresionismo jurídico.¹²⁹

Debido a que al afirmar el principio de que cada Estado debe resolver las situaciones nacidas bajo las leyes de otro Estado de una manera justa, razonable y equitativa, en realidad admitimos la necesidad de las normas de Derecho internacional privado, Eduardo Trigueros señala que la teoría de Massé, fundada en el Derecho natural, es insuficiente e inútil para servir de base a un sistema doctrinal de Derecho internacional privado.¹³⁰

Von Bar afirmó que el Derecho internacional privado no es una disciplina de Derecho interno, sino que forma normas propiamente internacionales o supranacionales, al fundarse en la costumbre internacional, debido a que

¹²⁷ En su obra *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit de gens et le droit civil*, París, 1861.

¹²⁸ TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, pp. 74-75.

¹²⁹ NIBOYET, Jean Paul. *op. cit.*, pp. 237-238.

¹³⁰ TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, p. 79.

determina la competencia legislativa de cada Estado para regular las relaciones jurídicas entre particulares, por lo que determina también la competencia de la legislación y de los órganos de cada Estado en cuanto a sus relaciones jurídicas privadas. Para justificar su teoría, señaló que las normas de Derecho internacional privado derivan de un Derecho superior, propiamente internacional, pues el Derecho internacional privado no puede depender de la voluntad de un solo Estado, al no poder posicionar la competencia de su sistema legislativo con independencia de los demás. Es decir, cada Estado puede legislar, pero los efectos de sus normas, cuando tienen relación con países extraños, deben determinarse por la naturaleza de la materia regulada, es decir, por las exigencias de las relaciones internacionales y por el respeto a la soberanía de los demás Estados.¹³¹

Por lo que respecta a la tesis del respeto a la soberanía postulada por Von Bar, dice Trigueros que es precisamente esa circunstancia, la que hace caer por tierra su teoría, ya que, precisamente por respeto a la soberanía de los Estados, cada uno de ellos no puede imponer la aceptación de leyes extrañas a los demás. Por otra parte, señala que puede existir una ciencia universal del Derecho, pero no un Derecho universal aplicable a todos los Estados.¹³²

Otros autores que se pueden catalogar entre los internacionalistas que siguieron las tesis de Savigny, están Franz Kahn,¹³³ Neumeyer, E. Bartin,¹³⁴ Böhm, Lainé, D'Espagnet,¹³⁵ J. Valéry,¹³⁶ Diena¹³⁷ y, en cierta parte de sus estudios, Antoine Pillet.¹³⁸

¹³¹ *Ibidem*, p. 75.

¹³² *Ibidem*, pp. 79-80.

¹³³ *Mélanges*, Munich, 1928; «Gesetzeskollisionen», *Ihering's J.*, XXX; y *Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht*, Lenel y Lewald, 1949.

¹³⁴ De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois, *Clunet*, 1897, y *Principes de droit international privé*, 3 vols., 1930-1935.

¹³⁵ *Précis de Droit international privé*.

¹³⁶ *Manuel de Droit international privé*, 1914.

Otra corriente de la teoría supranacionalista es la seguida por el holandés Josephus Jitta,¹³⁹ al proponer que el legislador, cuando permite la aplicación de leyes extranjeras, debe tomar en consideración los intereses de la comunidad de todos los individuos, del género humano, la *société internationale des individus*, y no los de los nacionales de su Estado o de diversos estados.¹⁴⁰ El inglés Martin Wolff¹⁴¹ se solidariza con la idea de Jitta, señalando que, si bien el Derecho internacional privado es puramente nacional,¹⁴² un sistema de reglas de conflicto que descuidara su visión supranacional sería contrario a la justicia, siendo el fin del legislador del Derecho internacional privado establecer las reglas que «razonablemente desea ver adoptados por los legisladores o tribunales de otros países. El Derecho internacional privado no es en sí mismo internacional pero debería ser presentado ciertamente con un enfoque internacional».¹⁴³ Sin embargo, señala que no habrá de confundir las normas de conflicto de leyes derivadas de tratados internacionales con las del Derecho internacional privado, pues aquellas se pasan a ser Derecho nacional cuando un Estado adopta una convención y, en consecuencia, las normas de Derecho internacional privado

¹³⁷ *Principi di diritto internazionale*, Parte II, 1917; «Conception du droit international privé en Italie», *Recueil des Cours de l'Academie* (1927, II), 347; y *Trattato di diritto commerciale internazionale*, 3 vols. 1900-1906.

¹³⁸ Según Niboyet, en Pillet se hace sentir la influencia de Savigny, a pesar de sus afirmaciones en contrario. Cfr. NIBOYET, Jean Paul, *op. cit.*, p. 238. Para autores como Graulich, Pillet edificó el más universalista de los sistemas de conflictos de leyes en *Essai d'un système général de solution des conflits de lois*, Clunet, 1894; Cfr. GRAULICH, Paul, *op. cit.*, pp. 11-12.

¹³⁹ Su obra *Internationaal Privaatrecht*, 1916.

¹⁴⁰ WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 15.

¹⁴¹ Su obra: *Private International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1950.

¹⁴² WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 11.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 15.

desaparecen como tales, pues no se puede hablar de aplicación de ley extranjera.¹⁴⁴

Para el inglés Wolff, el Derecho extranjero es Derecho y las discusiones sobre si lo es o simplemente representa un hecho constituyen «refinamientos escolásticos de poco valor práctico».¹⁴⁵ Para ese autor, toda decisión judicial representa un silogismo en donde la premisa mayor es una regla jurídica y la menor un hecho o hechos. La regla de conflicto sola no es suficiente para resolver el problema pues su premisa mayor nos remite al Derecho extranjero, por lo que es necesario un segundo silogismo para resolver el problema en definitiva.

2.2 El nacionalismo o personalidad de las leyes o escuela italiana moderna.

Siguiendo las mismas ideas extraterritorialistas de Savigny,¹⁴⁶ pero limitándolas al Derecho privado, nace en Europa el nacionalismo o personalidad de las leyes, cuyo principal exponente fue Pasquale Stanislao Mancini,¹⁴⁷ quien propuso la unificación del Estado y la nación, así como la

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 7.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 207.

¹⁴⁶ Cfr. TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, p. 82. Para Niboyet la doctrina de Savigny fue rechazada por Mancini y Weiss. Cfr. NIBOYET, Jean Paul, *op. cit.*, p. 238.

¹⁴⁷ Napolitano, Profesor de la Universidad de Turín, Ministro de instrucción en 1862 y de Gracia y Justicia de 1876 a 1878 y 1881 a 1885. Su obra: *Della Nazionalita come fondamento del diritto delle genti*, 1851. El Dr. José Eusebio Salgado y Salgado, me hizo notar que Mancini inició el movimiento *della Giovinne Italia*, que llevó a la larga a la unificación del Reino de Italia en 1870, seguido de la unificación alemana en ese año, luego de la guerra franco-prusiana. De esta suerte, Italia influyó en los movimientos nacionalistas como el de Alemania y Polonia, entre otros.

substitución del Estado por nación como sujeto del Derecho internacional. Para Mancini, el orden jurídico nace de la armonización del Derecho del Estado y del Derecho del individuo, en la medida en que el Estado limita sus actos frente a los actos legítimos del individuo. Respecto del Derecho privado, clasifica las normas en aquellas que son Derecho privado necesario, que el individuo debe obedecer forzosamente, y las de Derecho privado voluntario, las cuales pueden ser modificadas libremente por los individuos en sus relaciones privadas.¹⁴⁸

El Derecho privado necesario se forma de las normas que el Estado dicta para regular los atributos de la nacionalidad con que cuenta un individuo: la raza, la religión, la lengua, la tradición, otorgando a cada nación su individualidad frente a las demás naciones. El Derecho privado voluntario se forma de las disposiciones que no tienen un valor absoluto, comprendiendo las normas referidas a obligaciones convencionales. Bajo ese tenor, Mancini sostiene la necesaria territorialidad del Derecho relativo a la soberanía, pues el Estado no puede prescindir de su aplicación forzosa. En cambio, habida cuenta del respeto que los Estados tienen de la libertad del individuo y en la protección de los derechos privados, cada Estado puede aplicar, en su territorio, el Derecho privado proveniente de otras soberanías. De esta forma, si el Derecho privado necesario se refiere a los nacionales de un Estado y tiene en cuenta las características sociológicas propias de los integrantes de esa nación, entonces es necesario que cada habitante se rija por la ley de su propia nacionalidad, en donde quiera que se encuentre.¹⁴⁹

Sostuvo, en consecuencia, que en las relaciones internacionales todas las leyes son *extraterritoriales*. La consecuencia de dicho principio es como sigue: «un español, en todos los países y en todas sus relaciones jurídicas, estará sometido a la ley española. Un extranjero, en España, estará sometido a su ley nacional, cualquiera que sean las relaciones en que intervenga.»¹⁵⁰

¹⁴⁸ TRIGUEROS SARAIVA, Eduardo, *op. cit.*, p. 82.

¹⁴⁹ Cfr. NIBOYET, Jean Paul, *op. cit.*, pp. 231-232. En el mismo sentido: TRIGUEROS SARAIVA, Eduardo, *op. cit.*, p. 83.

¹⁵⁰ NIBOYET, Jean Paul, *op. cit.*, pp. 230-231.

Cada Estado debe aplicar a cada individuo su ley nacional en todas las relaciones jurídicas reguladas por el Derecho privado necesario, en cuanto no afecte a su orden público, pues este interesa directamente a la soberanía. Entonces cada Estado tendrá su propio Derecho nacional, que deberá ser respetado y aplicado por tribunales extranjeros cuando se trate de relaciones de Derecho privado necesario que afecten a los nacionales de ese mismo Estado, sin afectar la soberanía del Estado receptor. Respecto del Derecho privado voluntario, por la propia naturaleza de ese Derecho, los jueces deben respetar las convenciones a las que lleguen las partes, aplicando la ley que convengan en observar.¹⁵¹ Las excepciones para la aplicación de este principio fueron: (a) el orden público internacional *-ordine pubblico-* aplicándose el principio *lex rei sitæ* en lo referente a todas las cosas; (b) la regla *locus regit actum*, como universalmente aceptada para la forma extrínseca de los contratos; y (c) la autonomía de la voluntad.¹⁵²

Trigueros criticó la teoría nacionalista italiana de Mancini, señalando que es una nueva elaboración de la tesis de Savigny, pero reduciendo sus límites y fijando con mayor precisión la manera de encontrar la norma aplicable, pues mientras este lo hace con base en la investigación científica, el italiano lo apoya en la ley nacional o en la voluntad particular.¹⁵³ Niboyet la criticó aduciendo que no es exacto que la soberanía del Estado fuera ante todo personal y accesoriamente territorial, pues con dicha afirmación se desconoce al Estado moderno. Señaló que la soberanía se ejerce tanto sobre un territorio como sobre un cierto número de personas, sin que exista razón para establecer una jerarquía entre ellas.¹⁵⁴

¹⁵¹ Cfr. TRIGUEROS SARAIVA, Eduardo, *op. cit.*, p. 83, siguiendo a Arrigo Cavaglieri.

¹⁵² NIBOYET, Jean Paul, *op. cit.*, p. 232; GRAULICH, Paul, *op. cit.*, pp. 9-10.

¹⁵³ TRIGUEROS SARAIVA, Eduardo, *op. cit.*, p. 85.

¹⁵⁴ NIBOYET, Jean Paul, *op. cit.*, p. 233.

Las ideas del nacionalismo italiano fueron adoptadas en Bélgica por Laurent¹⁵⁵ y en Francia por André Weiss,¹⁵⁶ habiéndose afiliado a ellas, con algunas reservas, los italianos Esperson y Pasquale Fiore¹⁵⁷, así como Rolin¹⁵⁸ y Surville.¹⁵⁹ Las ideas de la personalidad del Derecho fueron observadas en algunas legislaciones, como el Código Civil italiano de 1865,¹⁶⁰ el Código Civil español de 1885¹⁶¹ y con influencia en el Código Civil japonés,¹⁶² así como el alemán de 1896.¹⁶³ En el Derecho inglés y el estadounidense, las ideas de Mancini no tuvieron ninguna trascendencia.¹⁶⁴

Weiss, si bien adoptó la teoría nacionalista italiana, la fundamentó de manera distinta señalando que el Estado está conformado por un grupo de personas unidas por un vínculo contractual y, en consecuencia, el territorio deviene accesorio, por lo que la soberanía es personal y no territorial.¹⁶⁵ Al efecto señaló Weiss que «La ley, al estatuir acerca de un interés privado, tiene

¹⁵⁵ *Droit civil International*, 8 vol., Bruselas, 1880-1881.

¹⁵⁶ *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 6 vol., París, 1908; y *Manuel de Droit international privé*, 1925.

¹⁵⁷ *Elementi di diritto internazionale privato*, 1905; *Diritto internazionale privato*, 4 vols., 1907-1915; Traducción francesa: *Droit International Privé*, 4 Vol., París, 1890-1907.

¹⁵⁸ *Principes de droit international privé belge*, 3 vol. París, 1897.

¹⁵⁹ *Cours élémentaire de Droit International privé*.

¹⁶⁰ Véase NOLDE, *La codification du droit international privé*, 1936, pp. 24 y ss., citado en WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 37.

¹⁶¹ El Dr. Eusebio Salgado y Salgado apuntó, al leer el borrador de este trabajo, que el Código de Comercio Español de 1885 sirvió de antecedente al Código de Comercio mexicano de 1889, pues durante sus investigaciones sobre Derecho marítimo encontró la transcripción literal del código español en el código mexicano.

¹⁶² NIBOYET, Jean Paul, *op. cit.*, p. 230.

¹⁶³ GRAULICH, Paul, *op. cit.*, p. 10.

¹⁶⁴ WOLFF, Martin, *op. cit.*, pp. 37-38.

¹⁶⁵ TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, p. 88.

siempre por objeto la utilidad de la persona; la ley no puede regir más que a aquellos para quienes ha sido hecha, debiendo regirlos, en principio, en todo lugar y en todas relaciones jurídicas, con las únicas excepciones o atenuaciones que resulten del *orden público internacional*, de la regla *locus regit actum* y de la *autonomía de la voluntad*.»¹⁶⁶

De esta forma, fundamenta la aplicación de la ley extranjera diciendo que esta se aplica en razón de su propia competencia. Señaló que el legislador nacional, al permitir la aplicación de la ley extranjera no la adopta y hace suya, sino que reconoce la competencia del legislador extranjero para resolver sobre el particular, a través de sus leyes.¹⁶⁷

2.3 Teorías Eclécticas.

Siguiendo la clasificación que de las doctrinas hace Eduardo Trigueros, las doctrinas eclécticas se caracterizan por dar un puesto preferente al Derecho interno con relación a los conflictos de leyes, señalando que esas normas internas derivan en principios internacionales generalmente aceptados de Derecho internacional público, por lo que consideran que el Derecho internacional privado no tiene solamente como fuente al Derecho interno, sino también al Derecho de gentes. Las doctrinas eclécticas se distinguen de las internistas debido a que estas parten para su análisis de postulados científicos, pero no pretenden darles un valor normativo superior, sino clasificarlos como orientación científica de la legislación interna.¹⁶⁸

¹⁶⁶ NIBOYET, Jean Paul, *op. cit.*, pp. 230-231.

¹⁶⁷ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 357.

¹⁶⁸ TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, pp. 95-96.

Para Ernest Zitelmann,¹⁶⁹ principal exponente de esta escuela, el problema del Derecho internacional privado encuentra su punto álgido en que diversos Estados soberanos reclaman para sí la facultad de regular los problemas de Derecho que ese Estado debe resolver y, de esa forma, juzga con sus normas los derechos subjetivos de los gobernados. Cada Estado crea sus propias normas de derecho subjetivo conforme las considera convenientes para el bien general de la sociedad que lo integra y, de esa forma, el Estado aplica y hace respetar sus normas. Cuando una relación de Derecho recae solamente en el ámbito de las normas nacionales, por lo que se aplica un solo sistema de Derecho, encontramos que el derecho subjetivo creado por el Estado no puede sufrir lesión o variación al ser aplicado y sancionado por el propio Estado que los creó. Por el contrario, cuando el derecho subjetivo es creado por un sistema diverso a aquel que lo aplica y hace respetar, puede darse el caso de que ese derecho subjetivo sea modificado o privado de los efectos jurídicos que originalmente le fueron otorgados por el Estado que le dio existencia.¹⁷⁰

La solución planteada por Zitelmann para evitar esa modificación del derecho subjetivo radica en que el Derecho de cada uno de los diversos Estados debe fijar, a través de principios generales, los límites de las esferas de acción de los diversos sistemas jurídicos para que, con base en esas normas, sean resueltos, en el Derecho interno de cada Estado, los conflictos de leyes que le sean planteados. Al respecto, sostiene que el Derecho internacional público se forma no por la costumbre, sino por la aceptación uniforme de principios cuya conveniencia, justicia y utilidad han sido demostrados científicamente, por lo que esos principios constituyen una norma

¹⁶⁹ *Internationales Privatrecht*, 2 vol., Leipzig, 1897-1912. Según Niboyet, es difícil clasificar a este autor como *personalista* o si es partidario de otra escuela, pues en ocasiones sostiene las ideas de soberanía personal (*Personalhoheit*) del Estado sobre sus nacionales y en otras la noción de soberanía territorial (*Gebeitshoheit*), correspondiente al estatuto territorial. Cfr. NIBOYET, Jean Paul, *op. cit.*, p. 230.

¹⁷⁰ TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, pp. 96-97.

superior que debe insertarse en el Derecho interno de cada Estado, a fin de que en base a dichos principios se delimite la esfera de acción de cada sistema jurídico y se resuelvan los conflictos de leyes.¹⁷¹

Ahora bien, respecto de esa relación entre Derecho internacional y Derecho interno, debe imperar la aplicación del Derecho interno, aun cuando sea contrario al Derecho internacional y, solo ante la existencia de lagunas en el Derecho interno deben aplicarse las normas de Derecho internacional, al haber sido tácitamente aceptadas por el legislador. Por ello, la legislación interna de cada Estado, debe orientarse para su creación en la esencia misma de la soberanía. La soberanía para Zitelmann se divide en (a) personal, que consiste en el poder de dictar órdenes a los súbditos donde quiera que se encuentren; y (b) territorial, que se distingue a su vez en soberanía real, en la que el territorio es considerado como objeto de la soberanía, y soberanía propiamente territorial, en la que el territorio es el campo de acción de la soberanía.¹⁷²

En cuanto a la soberanía personal, Zitelmann señala que todo Estado tiene la facultad de imponer libremente a sus nacionales las obligaciones positivas o negativas que desee, para ser cumplidas por ellos en el lugar en que se encuentren; y que todo Estado puede prohibir en el interior o exterior, cualquier comportamiento que en relación a sus nacionales tenga el carácter de «señorío» sobre ellos. Respecto de la sobrenada territorial, sostiene que el Estado puede permitir o impedir, en su territorio, cualquier comportamiento, siempre que no constituya violación al poder de otro Estado sobre sus propios nacionales o sobre su territorio; y que todo Estado puede regular cualquier comportamiento que se caracterice como ejercicio del poder sobre el territorio o sobre las cosas que en él se sitúen.¹⁷³

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 97.

¹⁷² *Ibidem*, pp. 97-98.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 98.

De esta forma, en base a esos principios, Zitelmann determina tres principios fundamentales de Derecho internacional privado, que deben regir a las legislaciones internas en la materia, a saber: (a) el estatuto personal: debe regir la *lex patriæ* en todos los derechos que confieran un poder inmediato sobre una persona y para todos los derechos que atribuyen un poder sobre una prestación de una determinada persona; (b) el estatuto real: debe regir la *lex rei sitæ* para todo derecho que confiera un poder inmediato sobre una cosa mueble o inmueble; y (c) el estatuto territorial: para los derechos que confieren poder sobre un comportamiento que no se refiera directamente a una persona o a una cosa corpórea será aplicable el ordenamiento jurídico del Estado en donde deba ser ejercitado el Derecho.¹⁷⁴

Se ha criticado la teoría del alemán Zitelmann diciendo que, si bien hizo contribuciones valiosas para la solución de problemas en particular, sus doctrinas no tuvieron ningún seguidor. Incluso el Tribunal Supremo alemán condenó sus teorías.¹⁷⁵

Por su parte, Dionisio Anzilotti negó la existencia de un Derecho superior capaz de dictar las normas de Derecho internacional privado, pero admitió la existencia de un número reducido de principios internacionales, fijados no científicamente, sino por la costumbre y por tratados normativos, que crean un sistema de límites a la libertad legislativa de cada Estado. De esa forma, las normas internas de Derecho internacional privado lo son formalmente, pero sustancialmente internacionales, en tanto que son emanadas de la costumbre, de los tratados y de la legislación interna, simultáneamente, con funciones supraestatales al tener que resolver los conflictos de leyes.

2.4 Teorías Internistas.

¹⁷⁴ *Idem.*

¹⁷⁵ WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 38.

Nacidas en Alemania en el siglo XIX, paralelamente a las teorías internacionalistas, su principal exponente es Karl von Wächter.¹⁷⁶ Esta teoría o escuela toma como punto de partida la *recepción* del Derecho extranjero, dejando la elección del Derecho aplicable no al juez, sino al legislador, que puede obrar sin sujeción a normas superiores y cuya ley obliga al juez a aplicar la ley extranjera señalada por el legislador. Solamente es posible aplicar una ley extraña a la propia, cuando así lo haya querido expresa o tácitamente el Estado del cual el juez es órgano, a través de sus legisladores, quienes cuentan con absoluta autonomía para hacerlo.¹⁷⁷ Así, la doctrina de Wächter se fundamenta en dos principios: (a) cada juez debe aplicar las normas de Derecho vigente del sistema a que pertenece; (b) ante una laguna en el sistema legal extraño al que remite su Derecho nacional, el Juez debe buscar la solución en el sentido y en el espíritu de aquellas leyes vigentes en su Estado que tengan por objeto la misma relación jurídica controvertida en el caso que se le presenta, es decir, en la *lex fori*.¹⁷⁸

Para Wächter, en vista de que existe un número reducido de leyes sobre Derecho internacional privado, puede darse el caso de que el juez no encuentre una norma especialmente diseñada por el legislador para resolver el caso que se le presenta, en cuyo caso deberá entonces buscar el sentido y el espíritu de las demás normas de conflicto de leyes vigentes en su Estado y derivar, por analogía, la resolución del caso concreto. De no ser posible lo anterior, el juez deberá aplicar las normas sustantivas de su propia ley.¹⁷⁹

¹⁷⁶ También llamado Carlos von Waechter (1797-1880), profesor de las Universidades de Tubingen, Leipzig y Presidente del Tribunal Supremo de Lübeck, sus obras fueron *Über die kollision der Privatrechtsgesetze*, 1841 y *Encyclopaedie des Wechsetrechts der europoeischen und Aussersnpoenischen Laender*, 1879.

¹⁷⁷ Cfr. TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, pp. 103-105.

¹⁷⁸ Cfr. MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, pp. 136-137.

¹⁷⁹ Cfr. TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, p. 104.

A fines del siglo XIX varios autores alemanes continuaron la escuela de Wächter, señalando que el Derecho internacional privado consiste en la determinación de los límites espaciales de aplicación de las normas sustantivas de un sistema de Derecho¹⁸⁰ o bien como la determinación del sistema competente para normar una relación jurídica cualquiera.¹⁸¹ De esa forma, la teoría se basa en fijar la esfera de acción del Derecho sustantivo interno y en la limitación de la eficacia del propio sistema, considerando como una función indispensable del legislador fijar los alcances de las normas que dicta. Dicha teoría ha sido llamada de la autolimitación del legislador.¹⁸²

Representadas en Francia por Antoine Pillet,¹⁸³ uno de los principales exponentes de la teoría, junto con su discípulo Jean Paul Niboyet,¹⁸⁴ las escuelas internistas, trataron de dar una solución única y uniforme a los problemas de los conflictos de leyes, haciendo más seguras las relaciones jurídicas que se desarrollan en varios sistemas de Derecho. Consideraron al

¹⁸⁰ Cfr. NIEMEYER, *Das internationale Privatrecht des Bürgerlichen*, Berlín, 1901, p. 11, citado por TRIGUEROS SARAIVA, Eduardo, *op. cit.*, p. 106; y MÜELLER, *Der Grundsatz des wohlerworbenen Rechts im, I.P.R.*, 1935, citado en WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 15.

¹⁸¹ GUTZWILLER, *Internationales Privatrecht*, p. 1535 y NUSSBAUM, *Deutsches Internationales Privatrecht*, 1932 p. 1; ambos citados en TRIGUEROS SARAIVA, Eduardo, *op. cit.*, p. 106.

¹⁸² TRIGUEROS SARAIVA, Eduardo, *op. cit.*, pp. 106-107.

¹⁸³ *Essai d'un système général de solution des conflits de lois*, Clunet, 1894; *Principes de Droit international privé*, 1903; y *Traité pratique de droit international privé*, 2 vols., 1923.

¹⁸⁴ Catedrático de la Facultad de Derecho y del *Institut des Hautes Etudes Internationales* de la Universidad de París. Sus principales obras: *Des conflits de lois relatifs à l'acquisition de la propriété et des droits sur les meubles corporels à titre particulier*, París, 1912; *Conflits entre les lois françaises et les lois locales d'Alsace et Lorraine*, París, 1922; *Manuel de Droit international privé*, París, 1924, en coautoría con Antoine Pillet; y *Précis élémentaire de Droit international privé*, París, 1928.

Derecho internacional privado dentro de la categoría de Derecho público, especialmente vinculado con el Derecho de gentes y, dentro de este, con el principio de respeto a las soberanías.¹⁸⁵

Las soluciones de esta escuela se fundamentan en que, frente a la pluralidad de soberanías que se denota cuando existe un conflicto de leyes, debe existir un respeto mutuo y absoluto entre los diversos Estados, permitiendo a sus respectivas leyes regir las relaciones jurídicas que les corresponda regular a cada una de ellas.¹⁸⁶ Para este respeto mutuo deben observarse dos principios: la finalidad social de la ley como medio para fijar la ley competente que crea una situación jurídica y el respeto que todos los Estados deben dar a los derechos adquiridos.¹⁸⁷ De esta forma, el Derecho de gentes desplaza a la doctrina de la cortesía internacional, pues «la noción del respeto de las soberanías no puede ser una cuestión de concesión; es una cuestión de Derecho, desde el momento en que se deriva de un principio de Derecho internacional público positivo: el del respeto de las soberanías.»¹⁸⁸

Los conflictos de leyes no pueden ser resueltos más que por reservando el *maximum* de autoridad para las soberanías de que se trate, lo cual constituye el *principio del máximo respeto de las soberanías*, uno de los principales axiomas del Derecho de gentes. La ley que deberá aplicarse es aquella del Estado que tenga mayor interés en que su propia ley se aplique.¹⁸⁹

¹⁸⁵ NIBOYET, Jean Paul, *op. cit.*, p. 240.

¹⁸⁶ Niboyet ejemplifica lo anterior diciendo que «Precisamente porque en una vía pública los transeúntes son independientes los unos de los otros, es por lo que no pueden pasar todos por el mismo sitio; hay reglas para vivir y circular en las aglomeraciones; también las hay para las *aglomeraciones internacionales*» Cfr. NIBOYET, Jean Paul, *op. cit.*, p. 240.

¹⁸⁷ Cfr. TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, p. 108.

¹⁸⁸ Cfr. NIBOYET, Jean Paul, *op. cit.*, p. 241.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 224.

Ha sido criticada la teoría de los derechos adquiridos señalando que no es suficiente para justificar por si sola la aplicación de las leyes extranjeras, pues no todos los derechos adquiridos son protegidos en todas partes, ni su protección es siempre deseable o posible. Además, el Derecho no solo protege derechos adquiridos constituidos en el extranjero, sino también las relaciones jurídicas extranjeras, capacidades o poderes, de los que pueden surgir derechos o su extinción.¹⁹⁰

Para alcanzar la finalidad social de la ley, Pillet sostuvo, afiliándose después Niboyet, que es siempre preciso que la ley pueda producir, el efecto que persigue, no solo a nivel del Derecho interno, sino el internacional. Para determinar dicho efecto analizó las características de la ley, de la siguiente forma: (a) la ley es permanente en cuanto se aplica a los individuos de manera constante y sin interrupción, por lo que debe ser extraterritorial, y (b) la ley es general en tanto se aplica a todos los individuos que habitan en un territorio y a todas las relaciones jurídicas en el mismo, lo cual es causa de su territorialidad. El problema radica en distinguir cuando una ley es permanente o general, pero como, en Derecho Internacional privado no pueden subsistir ambas características por tener efectos contradictorios que negarían la aplicación extraterritorial de las leyes, es necesario sacrificar una en beneficio de la otra, aplicando para tal fin, como guía, el objeto social de la ley *-leur but social-*.¹⁹¹

Según esta doctrina, para conocer el objeto social de la ley debe atenderse a lo que el legislador quiso hacer con la ley, para lo cual: (a) se investigará a quien beneficia o protege la ley; si protege a un particular la ley debe considerarse permanente, si protege a la colectividad deberá ser general; (b) cuando no se pueda determinar claramente a quien beneficia la ley, deberá tomarse en cuenta a las personas a quienes perjudica su inaplicación; si perjudica a un particular la ley es permanente, si perjudica a la colectividad es general. En los casos en que exista duda entre cual de dos leyes permanentes

¹⁹⁰ WOLFF, Martin, *op. cit.*, pp. 2-3.

¹⁹¹ Cfr. NIBOYET, Jean Paul, *op. cit.*, pp. 242-245; WOLFF, Martin, *op. cit.*, pp. 38-39.

debe aplicarse, entonces debe efectuarse un nuevo análisis, con el método antes aludido, para saber cual debe ser la que se aplique finalmente.¹⁹²

Niboyet coincidió con la doctrina de Pillet, resumiéndola al señalar que los conflictos de leyes se solucionan tendiendo en cuenta tres principios: (a) aplicando obligatoriamente las leyes extranjeras competentes, respetando el principio de respeto internacional de las soberanías; (b) admitiendo tantos grupos como sea necesario para la calificación de las leyes según su objeto, sin que se limite dicha clasificación a la de leyes personales o territoriales; y (c) los límites de la aplicación de las leyes se determinan, en general, por el objeto social de las mismas, tal y como resulte de su naturaleza jurídica.¹⁹³ La doctrina de Pillet fue seguida en Bélgica¹⁹⁴ por Poulet¹⁹⁵ y de Vos¹⁹⁶.

Respecto a la idea de los derechos adquiridos *-iura quæsit-*a, Pillet retomó la teoría holandesa, pero reduciendo su alcance, doctrina que se vio desarrollada por Vareilles-Sommiers.¹⁹⁷ Así, se sostuvo que de entre las diversas leyes que pueden regular el problema, el juez debe preferir su propia ley, que es la última, dejando a salvo los derechos ya adquiridos bajo la vigencia de las leyes antes aplicables. De esa forma, cuando se presenta un derecho adquirido bajo leyes extranjeras, el juez debe respetar ese derecho, aplicando la ley bajo la cual se creó.¹⁹⁸ Para esta doctrina, el reconocimiento de la soberanía de los Estados, considerada como base del Derecho internacional privado, conduce al reconocimiento de los derechos adquiridos bajo el imperio de su soberanía.¹⁹⁹

¹⁹² Cfr. NIBOYET, Jean Paul, *op. cit.*, pp. 246-249.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 255.

¹⁹⁴ GRAULICH, Paul, *op. cit.*, p. 12.

¹⁹⁵ POULLET, *Manuel de droit international privé belge*, Louvain, 1925.

¹⁹⁶ DE VOS, *Le problème des conflits de lois*, Bruselas, 1946.

¹⁹⁷ En su obra *La Synthèse du droit international privé*, 2 vol., París, 1897.

¹⁹⁸ TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, p. 109.

¹⁹⁹ Cfr. NIBOYET, Jean Paul. *Derecho Internacional Privado*. Editora Nacional, México, 1960, p. 255.

Siguiendo con los esfuerzos de lograr una absoluta uniformidad en el Derecho internacional privado, el alemán Ernest Frankenstein²⁰⁰ continuó la labor de los internistas que le precedieron, señalando que no existe un solo Derecho internacional privado que sea razonable y que existe la necesidad de que las legislaciones de todo el mundo sean acordes en la manera de resolver los conflictos de leyes, a fin de que pueda encontrarse un estado de absoluta seguridad en las relaciones privadas que son regidas por el Derecho de diferentes sistemas jurídicos. Para lograr ese fin, Frankenstein abandonó el método científico y recurrió a lo que llamó el *método universal*, tratando de encontrar la solución del problema en la esencia del Derecho objetivo y en la relación entre el Derecho, el hombre y las cosas para extraer de su estudio filosófico y sociológico las normas científicas que se imponen axiomáticamente en el campo del Derecho y llevarán a una solución uniforme de los conflictos de leyes. Así, parte, para la elaboración de su teoría, con una investigación sobre el origen y naturaleza del Derecho.²⁰¹

El Derecho objetivo, para Frankenstein, es el conjunto de normas que contienen lo que la una colectividad consideró más bueno o justo y, por tanto, un Derecho extranjero no debe ser considerado *Derecho* sino para los miembros de la colectividad en donde fue creado. Así, el Derecho de un Estado norma la conducta de sus nacionales y de nadie más, por lo que, para determinar el derecho aplicable a una relación jurídica de esa persona debe recurrirse a su ley nacional y a ninguna otra, a menos que sea la ley nacional de esa persona la que determine la aplicación de la ley de otro Estado. Señaló que cuando los tribunales aplican a una persona un derecho extraño al suyo, conforme a reglas que para él no son derecho, se comete una injusticia, debido a la falsa vinculación que existe entre esa ley y el individuo, sendo la única ley justa la que lo vincula con la ley de su comunidad. Admite, sin embargo, el concepto de soberanía territorial, diciendo que, como las instituciones establecidas por los hombres, las cosas están ligadas territorialmente y, como

²⁰⁰ Con su obra *Internationales Privatrecht*, Berlín, vol. I, 1926; vol. II, 1929.

²⁰¹ TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, p. 115.

tales, están sujetas al orden que rige en el lugar en donde se encuentran, ya que el derecho sobre ellas es un *ius erga omnes*, que solo puede ser protegido y conferido por el orden jurídico del lugar de situación de la cosa.²⁰²

En consecuencia, la solución de Frankenstein se basa en tres reglas y una excepción de hecho, a saber: (a) todo individuo debe regirse por su propia ley nacional o por la que esta ley designe; (b) las instituciones de Derecho público y las relaciones del individuo con ellas deben regirse por la ley que creó dichas instituciones; (c) las cosas deben regirse por la ley del lugar de su ubicación, y (d) el Derecho territorial puede resolver un problema de conflicto de leyes sin ajustarse a los tres principios anteriores pero, al hacerlo, aplica una solución anticientífica, respaldada por la fuerza del soberano que la impone, lo que constituye una resolución que carece de importancia fuera del territorio, donde recuperan su poder dogmático los principios establecidos, mismos que son universalmente válidos.²⁰³

Se ha dicho que Frankenstein no tuvo ningún seguidor.²⁰⁴ Eduardo Trigueros objeta la doctrina del autor alemán, señalando que lo único real es la excepción que formula. Señala que la teoría es anacrónica, en cuanto a que regresa a los estadios inferiores de la evolución política, pues en la actualidad las sociedades no se forman solo de individuos, sino también el territorio y las instituciones.²⁰⁵

2.5 Territorialismo absoluto.

Existe una teoría internista que, sin lugar a dudas, es la más retrograda de cuantas teorías han existido: la territorialista.

²⁰² *Ibidem*, p. 117.

²⁰³ *Idem*.

²⁰⁴ WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 38.

²⁰⁵ TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, p. 119.

Los Estados pueden optar por mantener tres posiciones frente al tráfico jurídico internacional: aislarse en sus límites geográficos, aceptar la aplicación de leyes de otros Estados de manera recíproca y buscar la extraterritorialidad de sus leyes.²⁰⁶ Cuando un estado opta por aislarse, se dice que conserva una posición territorialista que conlleva la aplicación del orden jurídico nacional material como única posibilidad para resolver los problemas jurídicos con puntos de conexión internacional. A toda costa, el Estado territorialista buscará aplicar sus propias leyes, a pesar de que se vea obligado a recurrir a ficciones o barreras artificiales.²⁰⁷

Mediante el territorialismo, se somete a todos los habitantes de un territorio al imperio de la ley del Estado, por lo que el estado civil, la capacidad de las personas y lo relativo a los bienes situados en dicho lugar, se regirán por la ley territorial.²⁰⁸ Los autores que sostienen o parten del territorialismo absoluto, afirman que jamás debe aplicarse una ley extranjera, debido a que existe una total separación entre los órdenes jurídicos internos e internacionales.²⁰⁹

El territorialismo en México no tuvo sus orígenes en el territorialismo inglés ni holandés o el feudalismo europeo, sino que encuentra su origen en la tradición cultural española de aislar sus colonias, las corrientes independistas y propulsoras de la soberanía que existieron en nuestro país a razón de la guerra de independencia y las intervenciones estadounidense y francesa, así como los movimientos nacionalistas posrevolucionarios.²¹⁰

²⁰⁶ SILVA, Jorge Alberto, *Derecho Internacional Privado. Su recepción judicial en México*, Editorial Porrúa, México, 1999, p. 162.

²⁰⁷ Por ejemplo la obligación de registrar los actos foráneos en el propio foro. Véase SILVA, Jorge Alberto, *op. cit.*, p. 162.

²⁰⁸ CAICEDO CASTILLA, José Joaquín, *op. cit.*, p. 241.

²⁰⁹ MAURY, Jacques. *Derecho Internacional Privado*. Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, México, 1949, p. 291.

²¹⁰ Véase SILVA, Jorge Alberto, *op. cit.*, pp. 162-163.

No obstante las corrientes territorialistas a ultranza que existen, como ha señalado el profesor Carlos Arellano García, «puede sustentarse un criterio territorial para eliminar al máximo la aplicación del Derecho extranjero pero nunca podrá llegarse a la eliminación de la aplicabilidad del Derecho extranjero porque sería tanto como negar el comercio jurídico.»²¹¹

La teoría del territorialismo imperó en México desde la entrada en vigor del Código Civil Federal y para el Distrito Federal de 1928 hasta la reforma iusprivatista del Código Civil Federal y para el Distrito Federal de 1988. La teoría del territorialismo fue criticada por los más ilustres iusprivatistas mexicanos.

Los países que pugnan por el territorialismo absoluto en sus sistemas jurídicos, como lo fue México hasta el año 1988 y lo sigue siendo en varias entidades federativas, aplican exclusivamente su ley, con el supuesto fin de terminar con los conflictos de leyes. Ello constituye un sistema totalmente negativo que hace injustas las relaciones internacionales, «porque un país que procede en esta forma se aísla de los demás e infringe las reglas del Derecho de gentes. Por esta razón, ningún país civilizado adopta este sistema.»²¹² Otras voces han criticado ásperamente el territorialismo absoluto diciendo que, para la aplicación de Derecho extranjero, aún ante la falta de tratados internacionales entre los diversos Estados deben aplicarse principios de costumbre internacional, pues «ningún Estado practica el principio de la negación absoluta y sistemática del valor del Derecho extranjero».²¹³

Quienes se encuentran a favor de esta teoría, aducen su fundamento jurídico señalando que admitir la aplicación de leyes extranjeras dentro del

²¹¹ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Porrúa, 13ª edición, México, 1999, p. 856.

²¹² NIBOYET, Jean Paul, *op. cit.*, p. 203. El afamado autor ya sostenía esta idea en el año de 1924, cuando apareció la primera edición de su libro.

²¹³ CAVAGLIERI, Arrigo, *Lezioni di diritto internazionale privato*, 1932, p. 51, citado en TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, pp. 90-91.

territorio propio significa «aniquilar la soberanía e independencia del Estado» y que el poder legislativo del Estado no tiene fuerza universal, por lo que el imperio de las leyes no puede extenderse a los nacionales residentes en el extranjero. Como razones de conveniencia práctica se ha sostenido que se eliminan los conflictos de leyes al hacerlos imposibles, por lo que los jueces no se deben preocupar de aplicar ley extranjera alguna.²¹⁴

Contra la tesis del territorialismo absoluto se ha dicho que (a) trae como consecuencia la inestabilidad en la condición jurídica de las personas, pues basta un simple cambio de domicilio entre jurisdicciones para que pueda cambiar su estado civil y pueda verse afectada su capacidad jurídica; (b) porque el concepto de soberanía territorial absoluta ha sido rebasado, entendiéndose que tanto la población como el territorio son elementos constitutivos del Estado; (c) el sistema atenta en contra del derecho esencial de las naciones, específicamente, el de igualdad jurídica; (d) es contrario al desarrollo del comercio internacional; (e) Por un argumento de autoridad, que, aunque discutible, toma relevancia en el ámbito internacional y consiste en que si la mayoría de los países rechazan una teoría se indica que la misma no es apta para los fines que se propone.²¹⁵

El célebre comparatista René David señaló:

Al día siguiente de publicarse el Código Civil,²¹⁶ el estudio de los Derechos extranjeros sólo presentaba un escaso interés en Francia. El Derecho francés estaba unificado; sus principios quedaban fijados en un Código que parecía constituir el triunfo de la razón, y que todos los pueblos se preparaban a copiar; la doctrina francesa estaba absorbida por el trabajo de comentar ese Código. Justificado por la

²¹⁴ CAICEDO CASTILLA, José Joaquín, *op. cit.*, p. 241. El autor rechaza el territorialismo.

²¹⁵ *Ibidem*, pp. 242-244.

²¹⁶ Refiriéndose al Código de Napoleón.

superioridad del Derecho francés sobre los otros Derechos, parecía que debía triunfar en Francia un principio de plena territorialidad...[...]...Con las nuevas facilidades de comunicaciones, con las nuevas formas que reviste la constitución de las fortunas, con el desarrollo del comercio internacional, con las migraciones de gran amplitud que han seguido durante cien años a los acontecimientos políticos y económicos, la miseria o la guerra, ha venido a ser menos exclusivo el lazo que une un individuo a un territorio determinado.²¹⁷

Nótese que la obra de René David fue escrita en 1949 ¡Hace más de medio siglo! Las mujeres todavía no votaban en México, no existían computadoras, máquinas de fax, impresión digital, Internet: se contaba con el teléfono y, apenas, aparecía la televisión como rudimentaria fuente elitista de entretenimiento.

2.6 Teoría de la incorporación.

Existe una corriente perteneciente a la escuela internista, más moderna, que reconoce la libertad de los legisladores de cada Estado para resolver los problemas de Derecho internacional privado que se presentan ante sus tribunales y que se ha denominado teoría de la incorporación o recepción del Derecho extranjero, definida principalmente por los autores italianos.²¹⁸

Entre sus principales exponentes encontramos al francés Pierre Arminjon²¹⁹ quien define al Derecho internacional privado como un conjunto de

²¹⁷ DAVID, René, *Tratado de Derecho civil comparado*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, pp. 41-42.

²¹⁸ MAURY, Jacques, *op. cit.*, pp. 291 y ss.

²¹⁹ *Précis de Droit International Privé*, París, 1927, y *Précis de Droit International Privé commercial*, 1948.

reglas que se contienen en cada legislación encaminadas a resolver cual es el sistema jurídico que proporcionará las reglas positivas o de competencia que deben seguirse para resolver un problema en el que parecen como competentes las legislaciones de diversos sistemas jurídicos.²²⁰

Para Giovanni Pacchioni,²²¹ el objeto del Derecho internacional privado es dar adecuada disciplina sustancial interna a las relaciones de carácter internacional, en cuanto no pueden ser disciplinadas por el Derecho interno de un Estado, recurriendo para ello a la recepción de normas extranjeras por orden de la norma interna de recepción, fenómeno que denominó *richiamo recettizio*,²²² también llamado *rinvio ricettizio*.²²³

Otro italiano, Roberto Ago²²⁴ señala que el legislador en ocasiones puede no tener los elementos suficientes para resolver problemas que se le presentan respecto de fenómenos de la vida internacional, lo que podría ser un obstáculo para el tráfico Internacional, por lo que las normas de Derecho internacional privado tienen ese objeto, realizando un procedimiento indirecto al incorporar a su propio Derecho la norma extranjera para darle eficacia jurídica.²²⁵ Las normas de Derecho internacional privado deben tener, necesariamente, el efecto de incorporar las reglas extranjeras en el ordenamiento jurídico nacional.²²⁶

²²⁰ ARMINJON, Pierre, *Précis de Droit International Privé*, París, 1927, Tomo I, p. 9 y ss, citado en TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, p. 120.

²²¹ *Elementi del Diritto Internazionale privato*, Padua, 1930, y *Elementi del Diritto Internazionale privato*, 2ª edición, Padua, 1935.

²²² PACCHIONI, Giovanni, *Elementi del Diritto Internazionale privato*, Padua, 1930, p. 115, citado en TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, p. 120.

²²³ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 362.

²²⁴ Sus obras: *Teoria del Diritto Internazionale privato, parte generale*, 1944, y 58 *Recueil des Tours de l'Academie*, 1936, IV, 247.

²²⁵ AGO, Roberto, *Teoria del Diritto Internazionale privato*, núms. 13 y 15, citado en: TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, p. 120.

²²⁶ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 362.

Por su parte, Pierre Wigny ve en el Derecho extranjero una realidad capaz de crear, en determinadas circunstancias, derechos adquiridos, toma esos derechos como hechos a los cuales el legislador de cada Estado agrega consecuencias jurídicas, por lo que se deja la anunciación de los *hechos primarios* a la ley que señala como competente la norma de Derecho internacional privado.²²⁷

Eduardo Trigueros hace suya la tesis de la incorporación, adicionándola, al señalar que, habida cuenta de que es innegable el normativismo y coercitividad del Derecho y que existe el *imperium* del Estado sobre su territorio, no puede admitirse que un Estado pueda ampliar su poder normativo fuera de su territorio, sin la autorización del Estado en donde la norma del primero pretenda hacer valer su poder de ordenar la conducta humana coactivamente. Debido a que, fuera de los límites del Estado en el que fue creado, el Derecho de un Estado deja de serlo, debe sostenerse la conclusión de que existe la absoluta territorialidad del Derecho. El territorio, por otra parte, es el espacio en donde el Estado puede ejercer la coacción, excluyendo la posibilidad coactiva de otros Estados y limitando la posibilidad coactiva de sus órganos, por lo que si el Derecho deja de ser coercitivo fuera del territorio que lo creó, es evidente que dicho Derecho dejará de serlo. Señala, en consecuencia, que las normas jurídicas no pueden tener validez por su propio valor *-ex proprio vigore-*, fuera del territorio en donde fueron creadas.²²⁸

Debido a la necesidad de los Estados de proteger jurídicamente la vida y el comercio internacionales, surge el Derecho de gentes, mismo que se manifiesta exclusivamente en el Derecho interno de cada Estado. Cada Estado debe proveer a su orden jurídico con normas jurídicas de aplicación de normas extrañas, mismas que tiene por objeto incorporarlas al orden jurídico interno. La incorporación tiene lugar paralelamente en dos formas: (a) por la incorporación

²²⁷ WIGNY, Pierre, *Essai sur le droit international privé Américain*, 1932, p. 186, citado en TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, p. 121.

²²⁸ *Ibidem*, pp. 160-162.

de normas generales o abstractas del sistema declarado aplicable, cuando la conducta humana por apreciar se realiza dentro del ámbito de vigencia del sistema que contiene la norma incorporante y (b) incorporando la norma jurídica concreta formada por la realización de la hipótesis de una norma jurídica extranjera, cuando se trata de apreciar el efecto que en el sistema jurídico incorporante tendrá una actividad humana realizada fuera de su ámbito de vigencia.²²⁹

La doctrina de la incorporación puede dividirse en incorporación o recepción material y formal.²³⁰ Las teorías de la incorporación o nacionalización, teorías que nacionalizan el Derecho extranjero, también pueden dividirse en incorporación legislativa formal y material e incorporación judicial. Dichas teorías se basan en la creencia de que en un Estado solamente puede aplicarse Derecho de ese solo Estado, lo cual se fundamenta en el principio de soberanía y en la noción del ordenamiento jurídico unificado a través de una sola norma fundamental, siguiendo a Austin y Kelsen.²³¹

Para Goldschmidt, en la aplicación del Derecho extranjero, puede atenderse al problema de su calidad, es decir, se aplica como un Derecho extranjero o como un Derecho nacional. Las teorías de la incorporación «nacionalizan» el Derecho extranjero, pues «se basan en la creencia común de que en un Estado sólo puede ser aplicado Derecho de este Estado».²³²

2.7 Teoría de la incorporación material o nacionalización legislativa material.

²²⁹ *Ibidem*, p. 186.

²³⁰ MAURY, Jacques, *op. cit.*, pp. 293 y ss.

²³¹ GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado*, 9a. edición, Depalma, Buenos Aires, 2002, pp. 131 y 132.

²³² GOLDSCHMIDT, Werner, *Suma del Derecho Internacional Privado*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1958, p. 98.

El legislador nacional, cuando prevé en su legislación la aplicación de Derecho extranjero, nacionaliza éste, asimilándolo al propio cuerpo legal para no sufrir un rechazo orgánico, de tal suerte que, conforme a esta tesis, todo Derecho es nacional. Por ello se objeta esta teoría señalándose que tiene manía de grandeza.²³³

La incorporación material significa que el Derecho extranjero es reconocido implícitamente por el Derecho nacional o de recepción. Por ejemplo, si la norma del Derecho receptor señala que la capacidad de las personas se rige por la ley de su nacionalidad, implícitamente esa ley de recepción reconoce las leyes, en materia de capacidad de las personas, de todos los demás Estados, pues dicha ley deberá aplicarse a sus nacionales en el Estado de recepción. Para ejemplificarlo: si el Código Civil francés establece que la capacidad de las personas se rige por el Derecho de su nacionalidad, el legislador francés estableció, implícitamente, que en su territorio es válida la aplicación de la ley extranjera (por ejemplo mexicana), cuando se trate de la capacidad de un extranjero (mexicano) en Francia.

Esta teoría ha sido objetada diciendo que dicha afirmación sería tanto como sostener que el Derecho civil francés se compone de su Derecho civil, más los Derechos civiles de todos los demás Estados. También, porque la ley extranjera queda bajo el imperio del legislador extranjero y continúa formando parte de ese orden jurídico, mismo que no ha sido nacionalizado francés.²³⁴

La teoría de la incorporación material, seguida por autores italianos como Fedozzi²³⁵ y Pacchioni, encuentra su fundamento en que el juez, aplicando Derecho extranjero, aplica en realidad el Derecho nacional de su Estado, pero con el contenido de las normas extranjeras.

²³³ Como la calificó una Corte al señalarlo así, en el caso *Buchanan vs. Richter*, en 1808. Véase GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 132.

²³⁴ MAURY, Jacques, op. cit., pp. 293 y 294.

²³⁵ *Diritto internazionale privato*, 1935.

Goldschmidt explica el fenómeno diciendo que: «las normas indirectas nacionales crean espontáneamente reglas directas idénticas a las del Derecho extranjero referentes a la cuestión litigiosa.»²³⁶. Se ha objetado esta teoría aduciendo que conlleva manía de grandeza y que su incorporación al Derecho nacional es efímera, es decir, solamente es incorporada para su aplicación en el caso concreto y, una vez aplicada, deja de pertenecer al sistema legal del Estado de incorporación. Se ha dicho que a esta teoría habría que reprocharle su chauvinismo jurídico.²³⁷

También se objeta diciendo que tendría que tomarse en cuenta el Derecho extranjero vigente al momento en que el legislador ordenó la incorporación del Derecho extranjero y que no podría tomarse en cuenta ningún Derecho extranjero anterior a la fecha en que el legislador nacional ordenó la incorporación del Derecho extranjero al nacional.²³⁸

2.8 Teoría de la incorporación formal.

En esta teoría, el legislador no nacionaliza las normas, sino las fuentes extranjeras de producción de normas. Se sostiene lo anterior, pues la teoría de la incorporación material era objetada diciendo que si el legislador nacionalizaba la norma jurídica extranjera lo hacía como esta se encontraba legislada al momento de su incorporación.

Se objeta esta teoría diciendo que atribuye al Derecho internacional privado funciones que solamente corresponden a la Constitución, única encargada de señalar la forma de producción normativa nacional. Por otro lado, tendrían que tomarse en cuenta a los órganos de producción de normas

²³⁶ GOLDSCHMIDT, Werner, *Suma del Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 98.

²³⁷ GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 142.

²³⁸ *Ibidem*, pp. 141-142.

vigentes al momento en que el legislador ordenó la incorporación de dichos órganos productores de Derecho extranjero al orden jurídico nacional y que no podría tomarse en cuenta ningún órgano de producción de normas de Derecho extranjero, ni éstas, existentes con posterioridad a la fecha en que el legislador nacional ordenó la incorporación de dichos órganos al Derecho nacional.²³⁹

La teoría de la incorporación formal afirma que es el Juez quien nacionaliza el Derecho extranjero en el momento en que lo aplica.²⁴⁰ Adjudica al Derecho extranjero carácter retroactivo, ya que lo nacionaliza en el momento de dictar sentencia y, en consecuencia, siempre en fecha posterior a los actos litigiosos, lo cual resulta inconstitucional.²⁴¹

Seguida por Ago y Perassi, la incorporación formal sostiene que las normas indirectas del juez nacional deben insertarse en el Derecho extranjero y no el Derecho extranjero en el del Estado de aplicación, de tal suerte que el Derecho extranjero se aplique con el «sentido y valor que poseen en el sistema jurídico que las creó».²⁴² Aplicando esta teoría, «el legislador extranjero se convierte, pues, simultáneamente en legislador nacional en virtud de una delegación de poderes de éste en aquél.»²⁴³

Esta teoría establece que el legislador nacional hace una delegación al legislador extranjero para establecer, en su propio Derecho receptor, las reglas o normas que se aplicarán a sus nacionales en el país de recepción. Es decir, si el legislador francés señala que la capacidad de las personas se rige por el Derecho nacional de ellas, delega al legislador extranjero decidir como se arreglará la capacidad de sus nacionales, aún estando en Francia. El legislador extranjero es un mero mandatario del legislador francés, en el momento en que

²³⁹ *Ibidem*, p. 142.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 132.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 142.

²⁴² GOLDSCHMIDT, Werner, *Suma del Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, pp. 98-99

²⁴³ *Ibidem*, p. 99.

la ley extranjera se aplica en Francia, debido a que el legislador de ese país lo permitió.²⁴⁴

Carlos Arellano García coincide con Adolfo Miaja de la Muela en que el Derecho extranjero aplicable debe ser considerado como un conjunto de normas jurídicas y no hechos. Señala que las normas extranjeras deben ser consideradas como Derecho, pues gozan de las características generales de las normas, es decir, son reglas de conducta bilaterales, heterónomas, externas y coercibles. Sostiene que si bien el Derecho extranjero debe ser probado en el proceso, ello se deriva de que el juzgador desconoce el Derecho extranjero y por ello debe ser probado en el proceso nacional, pero que ello no desvirtúa la naturaleza jurídica de las normas extranjeras, en cuanto a que constituyen normas de Derecho.²⁴⁵

2.9 Doctrina Angloamericana.

Las doctrinas analizadas anteriormente tuvieron su origen en sistemas jurídicos firmemente basados en el Derecho romano. Por el contrario, en el Derecho inglés y luego en sus colonias, entre ellas los Estados Unidos de América, el Derecho romano quedó prácticamente en desuso, debido a la dificultad de comunicaciones entre la isla y el continente o como consecuencia de la breve dominación romana. La invasión normanda de que fue víctima Inglaterra, tuvo como consecuencia que el sistema político y jurídico inglés se basara en la propiedad inmobiliaria, lo que propició el desarrollo territorialista de su Derecho.²⁴⁶

Las tesis de los estatutarios holandeses, como se verá a continuación, fueron acordes con los principios territorialistas que imperaron en Inglaterra y luego en sus colonias, lo que se vio robustecido con el intenso intercambio

²⁴⁴ MAURY, Jacques, *op. cit.*, p. 294.

²⁴⁵ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *op. cit.*, pp. 854-859.

²⁴⁶ TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, p. 124.

comercial e ideológico que tuvieron Holanda e Inglaterra a partir de la revolución inglesa de 1688, incluyendo la emigración de estudiantes ingleses y escoceses a Holanda para estudiar en sus universidades.²⁴⁷

En particular el Derecho inglés se vio influenciado por las ideas de los estatutarios holandeses a través de los juristas alemanes de los siglos XVI y XVII,²⁴⁸ principalmente Henry de Cocceji²⁴⁹ y John Nicholas Hert.²⁵⁰ En realidad, hasta el siglo XVII,²⁵¹ el Derecho inglés no tuvo ningún desarrollo en cuanto al conflicto de leyes, debido a que los tribunales solamente aplicaban la ley del foro, por lo que únicamente se presentaban ante sus jueces conflictos de jurisdicciones. Incluso el Derecho mercantil era juzgado conforme a la *lex fori*, debido a que es parte del Derecho común inglés.²⁵²

Sin embargo, el Derecho inglés comenzó, en el siglo XVII a dar crédito y reconocimiento a las sentencias extranjeras, basados en las ideas de cortesía y reciprocidad imperantes en los Países Bajos.²⁵³ De igual forma, sin declinar

²⁴⁷ Cfr. NIBOYET, Jean Paul, *op. cit.*, p. 228. En el mismo sentido, Véase TRIGUEROS SARAIVA, Eduardo, *op. cit.*, p. 127.

²⁴⁸ WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 27.

²⁴⁹ (1644-1719).

²⁵⁰ (1652-1710).

²⁵¹ Para algunos autores el desarrollo del Derecho internacional privado tuvo lugar en Inglaterra hasta el siglo XIX. Cfr. MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, pp. 130-131.

²⁵² WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 29.

²⁵³ Por ejemplo el caso *Wiers*, de 1607, en donde los tribunales ingleses sostuvieron que estaban obligados a dar efecto a las sentencias extranjeras. En el caso *Cottington* de 1678, Lord Nottingham señaló: «Va contra el derecho de las naciones no dar crédito a los juicios y sentencias de países extranjeros. ¿Porqué razón tiene un reino que revocar la sentencia de otro? ¿Y qué con fusión se seguiría en la cristiandad si hiciesen lo mismo con nosotros en el extranjero y no dieran ningún crédito a nuestras sentencias?», Cfr. WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 29.

jurisdicción, comenzaron a aplicar leyes extranjeras en base a los principios *lex loci actus* o la *lex situs*.²⁵⁴ En 1760 fue establecido que la regla de aplicar la ley del lugar de celebración del contrato, se aplicaba *ex comitate et iure gentium*.²⁵⁵

Profundamente conservador, el Derecho angloamericano se ha fundamentado en el principio del *stare decisis*, en donde el establecimiento de un principio por parte de un tribunal de última instancia, hace ese principio obligatorio para cualquier Tribunal del mismo rango o inferior que conozca de un asunto en que se presenten las mismas características.²⁵⁶ Para los juristas angloamericanos, el Derecho es creado por los tribunales del Estado salvo excepciones que le son concedidas al poder legislativo, por lo que la única fuente de Derecho es el Estado mismo, hasta llegar a la idea de que el Derecho internacional público es una rama del Derecho interno, de tal suerte que a los organismos internacionales y a las doctrinas científicas extranjeras les otorgan solamente valor de orientadores del Derecho.²⁵⁷

El Derecho angloamericano se apartó de las doctrinas continentales de los siglos XVIII y XIX, formando un propio sistema que se fundó en el principio de la cortesía internacional, creada por la escuela estatutaria holandesa.

Excepto en la provincia canadiense de Québec que dentro de su Código Civil de 1886 contiene algunas reglas de conflicto de leyes derivadas del

²⁵⁴ Por ejemplo en el caso *Smith vs. Brown & Cooper*, de 1706, referente a la venta, concluida en Inglaterra, de un esclavo que se encontraba en Virginia, en donde el contrato era válido, contrariamente a lo que ocurría en Inglaterra. En 1752 un importante Juez inglés, Sir E. Simpson, en el caso *Scrimshire vs. Scrimshire* sostuvo que no había nada ilegal en «tomar en cuenta» leyes extranjeras. Cfr. WOLFF, Martin, *op. cit.*, pp. 29-30 y nota 43.

²⁵⁵ En el caso *Robinson vs. Blas*. Cfr. WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 29.

²⁵⁶ KUHN, Arthur, «La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique aux Etats-Unis», *Recueil des cours*, La Haya, 1928, Tomo I, p. 198, citado en TRIGUEROS SARAIVA, Eduardo, *op. cit.*, p. 125.

²⁵⁷ TRIGUEROS SARAIVA, Eduardo, *op. cit.*, p. 125.

Derecho francés, el Derecho inglés y el de la *Commonwealth* británica no está codificado. Hasta mediados del siglo XIX se consideraba al Derecho inglés en la materia muy poco desarrollado²⁵⁸ y durante la primera mitad del XX, se consideraba que el Derecho internacional privado inglés se encontraba menos desarrollado que las demás ramas del Derecho, aunque existían algunas reglas de Derecho internacional privado en algunas leyes inglesas.²⁵⁹

Hasta antes del siglo XIX, salvo un par de excepciones,²⁶⁰ prácticamente no existió jurisprudencia angloamericana respecto del conflicto de leyes.²⁶¹ Fue hasta que los autores decimonónicos estadounidenses comenzaron a desarrollar una verdadera doctrina en base a las ideas de los estatutarios holandeses. El primer tratadista de la época fue Samuel Livermore,²⁶² sin embargo, al tratarse de un abogado de Nueva Orleans, estado norteamericano que sigue el sistema legal francés y español, no puede considerarse a dicho

²⁵⁸ Cfr. MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, pp. 130-131.

²⁵⁹ Tales como las leyes de testamentos, de instrumentos de cambio, ley de matrimonios extranjeros, de quiebras, ley de legitimación, ley de compañías, ley de laudos arbitrales extranjeros y la ley de sentencias extranjeras, Cfr. WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 42.

²⁶⁰ El caso juzgado en 1308 ante las cortes inglesas, respecto de la reivindicación fundada en un título otorgado en Berwick, Escocia, en donde no se le otorgó ningún valor al mismo por ser otorgado en el extranjero; y el juicio *Scrimshire vs. Scrimshire*, juzgado en 1752, respecto de un matrimonio celebrado en el extranjero, mismo que la Corte consideró nuevo y sin precedente. Cfr. TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, p. 127.

²⁶¹ Autores no angloamericanos sostienen que «hasta comienzos del siglo XIX había sido escasísima la aportación inglesa al Derecho internacional privado». Sin embargo, sostiene que en los Estados Unidos la bibliografía es abundante desde el momento mismo de su independencia. Cfr. MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, pp.130-131.

²⁶² LIVERMORE, Samuel, *Dissertations* (para Miaja de la Muela: *Distinctions on the questions which arise from the contrariety of the positive laws of different States and Nations*, New Orleans, 1828.

autor como seguidor de los estatutarios holandeses, sino de los franceses. Posteriormente, fue James Kent,²⁶³ cuyas obras tuvieron gran influencia en la jurisprudencia estadounidense, quien sostuvo que el Derecho que regula los conflictos de leyes debe ser una rama del Derecho de cada Estado, pues es del interés de las diversas naciones, respetar las calidades agregadas a un individuo por el Derecho extranjero.²⁶⁴

Una de las doctrinas más importantes de la época,²⁶⁵ fue la enseñada por Joseph Story²⁶⁶ durante el siglo XIX en los Estados Unidos. Dicha doctrina de la cortesía, ha sido conocida como doctrina del *comity*.²⁶⁷ La obra de este autor cobró relevancia especialmente debido a que la escribió siendo ministro en activo de la Suprema Corte de los Estados Unidos,²⁶⁸ justo en la época de formación de la jurisprudencia en aquel país.²⁶⁹ Además, su método práctico fundado en la exposición del tema en base a decisiones judiciales, «mostró a los juristas europeos la superioridad de su método de interpretar y exponer el Derecho según se aplica.»²⁷⁰

²⁶³ Canciller en el estado de Nueva York, autor, entre 1826 y 1830 de *Commentaries on American Law*.

²⁶⁴ TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, p. 128.

²⁶⁵ Para Miaja de la Muela, los autores Livermore y Kent habían sido poco originales, MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 131.

²⁶⁶ (1779-1845) Profesor de Harvard. Sus obras: *Private international law*, 1834, y *Commentaries on the conflicts of laws foreign and domestic in regard to contracts, rights and remedies and, specially, in regard to marriages, divorces, wills, successions and judgments*, Boston, 1834.

²⁶⁷ NIBOYET, Jean Paul, *op. cit.*, p. 228.

²⁶⁸ Se dice que es el primer autor en llamar a la disciplina del Derecho conflictual Derecho internacional privado. MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, pp. 131-132.

²⁶⁹ Cfr. TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, p. 129.

²⁷⁰ Los juristas europeos de la época se limitaban a describir las diversas doctrinas existentes y señalar si las aprobaban o no, con citas a decisiones judiciales poco frecuentes. Cfr. WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 32. Otros autores, si

Story se opuso a las ideas de personalidad de los estatutos, admitiendo irrestrictamente la idea de la cortesía internacional –*comity*-, señalando que cada nación es finalmente el juez, no solo de la naturaleza o amplitud del deber de justicia, sino también de la oportunidad de su observación. Sostuvo que todo soberano territorial puede invocar la excepción de orden público para aplicar leyes extrañas en su territorio. Incluso, llegó a sostener la extraterritorialidad de las leyes señalando que, no obstante la igualdad de soberanías, una Nación tiene el derecho de exigir que su ley suplante, en un país extranjero, la ley territorial positiva de ese Estado. De tal suerte, la ley extranjera se aplica únicamente por la voluntad del Estado de recepción, diciendo que la *cortesía* de las naciones es la fórmula que expresa el fundamento y la extensión del poder obligatorio de las leyes de un Estado sobre el territorio del otro. Resume su idea diciendo que, en base a la cortesía, aplicamos la ley extranjera por interés mutuo y la utilidad, con el objeto de hacer justicia para que en cambio se nos haga justicia a nosotros.²⁷¹

La tesis de Story, aunque tuvo buena acogida por parte de no pocos juristas y jueces ingleses, fue criticada por autores como Westlake,²⁷² Dicey,²⁷³ Phillimore²⁷⁴ y Halsburg, quienes señalaron que el Derecho inglés aplicaba el Derecho extranjero debido a que tenía la obligación jurídica de hacerlo y jamás

bien no exaltan la obra de Story, como lo hace su paisano Wolff, reconocen que si influencia fue considerable. Cfr. MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 133.

²⁷¹ Cfr. TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, p. 129.

²⁷² Su obra traducida al francés *Droit Internationale Privé*, 1909; y la obra que escribió junto con el inglés Bentwich, *A treatise on private international law*, 1917.

²⁷³ El más conocido de los autores ingleses. Su obras se intitularon: *A digest of the laws of England with reference to the conflict of laws*; *Conflict of laws*, 1922; y junto con J.H.C. Morris, *Conflict of laws*, 1949.

²⁷⁴ *Commentaries upon International Law*, vol. IV, en *Private International Law*, 1889.

por el solo motivo de la cortesía. De hecho, como lo señalaba Niboyet²⁷⁵ en su obra escrita en las primeras décadas del siglo XX, la doctrina holandesa de la cortesía había sido completamente abandonada en ese país, en donde, hacia finales del XIX, se impulsaron las ideas de la codificación del Derecho internacional privado mediante la celebración de tratados. Las ideas de Story, junto con las de Savigny fueron recogidas, en Francia, por J.J.C. Foelix,²⁷⁶ y en Inglaterra, por Dicey y Westlake.²⁷⁷

El inglés Martin Wolff criticó la teoría de los actos de cortesía dictados por el *comitas gentium*, calificándola como peligrosa, al señalar que con dicha teoría la aplicación del Derecho extranjero depende del principio de la reciprocidad internacional. Estima incorrecta esa posición al considerar errónea la idea de que los Estados tienen interés en que su Derecho sea aplicado en el extranjero. Además, señala, si la aplicación del Derecho extranjero se fundara en el *comitas gentium*, durante las guerras cesaría la aplicación en el territorio del Derecho del país enemigo y «aun la Alemania nacionalista no prohibió la aplicación del Derecho inglés por sus tribunales durante la guerra.»²⁷⁸

Al igual que Armijon, Wigny, Pacchioni y Ago, el inglés Dicey señaló que la ley extranjera adquiere fuerza para ser aplicable en un territorio distinto al propio, debido a la teoría de los derechos adquiridos y no a que la ley extranjera opera *ex proprio vigore* en manos del Juez de recepción, como lo habían sostenido los demás autores europeos continentales. Dicey criticó a los autores angloamericanos antiguos, diciendo que no es suficiente suponer que un Juez deba aplicar la ley extranjera únicamente porque estima que debe ser

²⁷⁵ NIBOYET, Jean Paul, *op. cit.*, p. 229.

²⁷⁶ También conocido como E. Foelix. Su obra, *Traité de droit international privé*, 2 vols., Demangeat, 1886. Cfr. WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 33. La primera edición del tratado de Foelix, aparecida en 1843, fue la primera que utilizó la denominación de Derecho internacional privado, Cfr. MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 133.

²⁷⁷ WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 35.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 15.

cortés y esperar que los demás lo sean con los nacionales del Estado que representa, debido a que es una teoría peligrosa en la práctica debido a su falta de firmeza y de seguridad, al mismo tiempo que representa un aspecto totalmente anticientífico.²⁷⁹

De hecho, el *American Law Institute*, en su segunda sesión celebrada en Ginebra en 1874 proclamó:

La admisión de los extranjeros al disfrute de estos derechos y la aplicación de las leyes extranjeras a las relaciones de Derecho que resultan de ello, no pueden ser la consecuencia de una simple cortesía o conveniencia (*comitas gentium*) sino que el reconocimiento y el respeto de estos derechos, por parte de todos los Estados, deben ser considerados como un deber de justicia internacional.²⁸⁰

La tesis de Dicey fue ampliamente reconocida y aplicada en los Estados Unidos,²⁸¹ como sucedió en la decisión judicial del caso *Hilton vs. Guyot*, de 1895, en que el Juez estableció que el *comity* no es una obligación estricta, ni un asunto de pura cortesía o buena voluntad, sino que consiste en el reconocimiento que hace un país, en su territorio, de actos legislativos, ejecutivos o judiciales de otro Estado, fundando dicho reconocimiento en el deber internacional, el interés y los derechos de los súbditos y de los individuos que están protegidos por las leyes territoriales. Las ideas de Dicey regularon, en buena medida, las decisiones judiciales inglesas, a través de su libro *Conflict of laws*, que se consideraba como el de texto más conocido.²⁸²

²⁷⁹ TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, pp. 129-130.

²⁸⁰ NIBOYET, Jean Paul, *op. cit.*, p. 229.

²⁸¹ *Slater vs. Ferrocarriles Nacionales de México*.

²⁸² WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 43.

En el año de 1923, debido a que en los Estados Unidos cada uno de los Estados integrantes de la unión tenían facultades para legislar en materia civil y comercial, lo que conllevaba un sinnúmero de conflictos de leyes interestatales, un grupo de jurisconsultos fundó el *American Law Institute*. Dicho instituto fue formado por ministros de la Suprema Corte de Justicia, jueces de los tribunales de apelación y de las cortes superiores de los Estados, presidentes de las asociaciones de abogados, así como por algunos miembros elegidos por profesores y abogados.²⁸³

El objetivo inmediato del *American Law Institute* era efectuar un resumen de las diversas sentencias y leyes estatales, con el fin de crear una codificación que permitiera evitar problemas de Derecho interestatal. Es el caso que la parte relativa al conflicto de leyes fue encargada a un equipo de juristas encabezado por el profesor Joseph H. Beale,²⁸⁴ de la Universidad de Harvard. En 1929 se publicó el primer proyecto del trabajo, cuyos textos fueron revisados por el instituto entre 1930 y 1931 para ser aprobado, finalmente, en mayo de 1934 bajo el título de *Restatement of the Law of Conflict of Laws*.²⁸⁵

Si bien el *Restatement of the Law of Conflict of Laws*, también conocido solamente como *Restatement*, constituye un esfuerzo privado no oficial, su objeto fue presentar una relación ordenada del Derecho común de los Estados Unidos en forma de Código y ha sido considerado en los Estados Unidos, aunque con algunas reservas, como una fuente de Derecho.²⁸⁶

El *Restatement* del *American Law Institute*, condenó a la doctrina angloamericana antigua, en sus artículos 5 y 6, señalando el carácter puramente interno del Derecho internacional privado, en el cual no hay nada de cortesía o reciprocidad, con lo cual la doctrina angloamericana inició su

²⁸³ CAICEDO CASTILLA, José Joaquín, *op. cit.*, pp. 43-44.

²⁸⁴ *Cases on Conflict of Laws*, 1928, y *Conflicts of law*, 1935, conformado por sus comentarios al *Restatement of the Law of Conflicts of Laws*.

²⁸⁵ CAICEDO CASTILLA, José Joaquín, *op. cit.*, p. 44.

²⁸⁶ WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 43.

colocación, aunque por caminos distintos, en el mismo plano ideológico de las doctrinas internistas de la Europa continental, aquella por el camino de la praxis, esta por el de los estudios filosóficos.²⁸⁷

Según Dicey, jamás puede ser aplicada una ley distinta a la del foro, por lo que, cuando se toma en cuenta una ley extranjera, se debe al reconocimiento que hace la ley nacional de los derechos adquiridos o *vested rights*. Ello se debe a que si la ley es estrictamente territorial, los derechos subjetivos son susceptibles de emigración, se imponen en todo el mundo y debe ser reconocidos por todos los Tribunales.²⁸⁸

Las teorías de Story y Dicey, luego del primer *Restatement*, fueron seguidas por la ahora conocida escuela de Harvard, encabezada por el profesor Beale, quien fundó el Derecho internacional privado en el concepto de los derechos adquiridos, de manera similar a la empleada por los internistas Vareilles-Sommières, Pillet y Niboyet. Beale señaló que los derechos son creados únicamente a través de las leyes, jamás de la naturaleza, pero que la ley establece consecuencias legales o derechos, cuando se presenta la realización de un hecho. Así, la creación de un derecho está subordinada al acontecimiento de ciertos hechos. El Derecho puede ser cambiado por la misma ley que lo creó o por otra ley que sobre él tenga autoridad. Si ninguna ley tiene esa autoridad no se modifica el Derecho y, en consecuencia, debe ser reconocido en todas partes, puesto que existe, pues no es sino el reconocimiento de un hecho. Aunque un derecho deba ser reconocido como una realidad no se desprende de ello que se le otorgue fuerza legal, puesto que toda la eficacia legal de un derecho le es conferida por la ley, y puesto que solo la ley territorial tiene autoridad ante un Estado es que ningún Derecho

²⁸⁷ TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, pp. 131-132.

²⁸⁸ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 358.

extranjero puede ser sancionado, a menos que la legislación del Estado así lo decida.²⁸⁹

Por su parte, la escuela de Yale, representada por E. J. Lorenzen²⁹⁰ y luego por W.W. Cook,²⁹¹ se asemeja a las teorías internistas de la incorporación o recepción de Arminjon, Pacchioni y Ago, diciendo que cuando se trata de juzgar un caso con elementos extranjeros, el juez siempre debe aplicar su propio Derecho, pero adoptando como su propia ley, una regla idéntica o muy semejante a la que se encuentra vigente en el otro país, la cual sería aplicada en este por sus tribunales, cuando de sus nacionales se tratara.²⁹² Dicho de otra forma, se incorpora en la legislación del foro todas las leyes sobre la materia promulgadas en todos los países del mundo y elige entre estas leyes la que se aplica al caso determinado, una vez que estas leyes han sido previamente nacionalizadas.²⁹³

2.10 Teoría de los derechos adquiridos.

Según la doctrina de los derechos adquiridos –*vested rights*–,²⁹⁴ los Estados tienen interés, siguiendo un principio fundamental del Derecho internacional, de respetar los derechos adquiridos en otros Estados, ya sea por

²⁸⁹ BEALE, *Summary and treatise on the conflicts of laws*, párrafos 2, 4, 5 y 48, citado en TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, pp. 113-114; y MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 359.

²⁹⁰ LORENZEN, «Territoriality, public policy and the conflicts of laws», *Yale Law Journal*, 1924, núm. 33, p. 736; *Cases on Conflict of Laws*, 1937; *Selected articles on the conflicts of laws*, 1947.

²⁹¹ COOK, W.W., «The logical and legal bases of the conflict of laws», *Yale Law Journal*, 1924, núm. 33, p. 457.

²⁹² TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, p. 132.

²⁹³ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 360.

²⁹⁴ Doctrina definida por autores como Beale, citado por MAURY, Jacques, *op. cit.*, p. 292.

efecto de una ley o como resultado de un hecho jurídico. A fin de respetar esos derechos adquiridos, el Juez del país receptor del Derecho extranjero considerará a este como un hecho, de tal suerte que, no obstante lo observa y aplica, lo inserta como hecho en el proceso y no como Derecho objetivo. Es decir, el juez receptor solamente aplicará su propio Derecho, *lex fori*, que permite la inserción, como hecho, del Derecho extranjero en su orden jurídico.²⁹⁵

Estos autores explican la aplicación de la ley extranjera, diciendo que los derechos adquiridos en el extranjero deben ser respetados y que si la ley extranjera se aplica se debe a su incorporación en el Derecho nacional. Por ejemplo Ago²⁹⁶, sostenía que la norma jurídica extranjera debía ser incorporada al orden jurídico nacional para gozar de un valor jurídico. Las doctrinas francesas rechazan estas dos explicaciones y se inclinan por la aplicación de la ley extranjera.

La teoría de los derechos adquiridos ha sido objetada, diciendo que dicha teoría «no es una explicación satisfactoria siempre que las condiciones de adquisición del Derecho, las leyes competentes para regir esta adquisición en los Derechos internacionales privados, nacional y extranjero, no sean las mismas.»²⁹⁷ Como ejemplo de lo antes dicho si un contrato es celebrado en Alemania, conforme a las leyes de forma de otro país, dicho contrato no podrá surtir efectos en Estados Unidos, pues en ese país es generalizada la idea de que los contratos, en cuanto a su forma se rigen por la ley del país de su celebración.²⁹⁸

Esta teoría se basa en la conducta, es decir cuando se convierte el Derecho objetivo en derecho subjetivo, existe un derecho adquirido que habrá de respetarse. Existen tres vertientes de esta teoría, a saber:

²⁹⁵ MAURY, Jacques, *op. cit.*, p. 292.

²⁹⁶ Citado por GRAULICH, Paul, *op. cit.*, pp. 24-25.

²⁹⁷ MAURY, Jacques, *op. cit.*, p. 293.

²⁹⁸ *Idem.*

- (a) «Teoría de la protección del derecho subjetivo extranjero», seguida por Dicey, consiste en que el Juez nacional, obligado a aplicar el Derecho extranjero, no aplica el Derecho extranjero objetivo, sino que se limita a reconocer el derecho extranjero subjetivo, creado en ese Estado extranjero por sus propias normas objetivas. Se supone conocer el Derecho objetivo extranjero que crea el derecho subjetivo a reconocerse. Al reconocer el derecho subjetivo, se reconoce implícitamente el Derecho objetivo que lo creó.
- (b) «Teoría de la incorporación material del derecho subjetivo extranjero», seguida por Beale y Wigny considera que los derechos subjetivos, creados en el Estado extranjero bajo la tutela de esa propia ley extranjera, son hechos a los que la norma indirecta o de conflicto nacional le confiere efectos jurídicos. Es decir, la solución legal que otorga la ley extranjera se incorpora como un simple hecho en el proceso nacional de que se trate.
- (c) «Teoría de la incorporación judicial del derecho subjetivo extranjero», seguida por Lorenzen y Walter Wheeler Cook, también conocida como *local law theory*, estima que los tribunales, por su propia naturaleza, aplicarán siempre el Derecho propio, sólo que, en ocasiones, cuando se ven obligados a aplicar un Derecho extranjero, crean un Derecho propio semejante al Derecho extranjero con el fin de aplicarlo válidamente en su jurisdicción. Esta doctrina es también conocida como actividad judicial o creación judicial del Derecho o *judge made law*.²⁹⁹

La teoría de los derechos adquiridos también fue recogida por algunos autores estadounidenses, como Story y Dicey, sosteniendo que las cortes de un país no aplican jamás la ley extranjera y cuando parecen hacerlo no dan ejecución a la ley extranjera sino a los derechos adquiridos bajo la autoridad de

²⁹⁹ Cfr. MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 360.

esa ley, además de que todo derecho adquirido debe ser respetado por los tribunales.³⁰⁰

Se ha señalado que el principio de derechos adquiridos es científicamente discutible, ya que se ha aducido que esa teoría descansa sobre el de la no retroactividad de la ley, pero habrá que tomar en cuenta que la ley puede ser retroactiva en tanto ella quiera y, si generalmente no lo es, se debe a que la nueva ley reconoce, dentro de ciertos límites, que se deba aplicar la ley antigua para cuidar los intereses justos de las partes y la seguridad y certidumbre del comercio.³⁰¹

2.11 Teoría del uso jurídico.

Para las teorías realistas del Derecho, la norma de conflicto se enfoca como norma competencial o como conjunto de normas ejemplares de reparto, concepción que es secuela del enfoque de la norma de conflicto como norma indirecta.³⁰²

Existen dos corrientes dentro de esta teoría: (a) La concepción realista del Derecho investiga «la manera de ser del Derecho»³⁰³ y (b) la concepción existencialista o vitalista, que se cristaliza en la doctrina del uso jurídico,³⁰⁴

³⁰⁰ Cfr. TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, p. 112.

³⁰¹ Cfr. PACCHIONI, *Elementi di diritto internazionale privato*, Padua, 1930, p. 86, citado en: TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, p. 113.

³⁰² GOLDSCHMIDT, Werner, *Suma del Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 92.

³⁰³ *Ibidem*, p. 100.

³⁰⁴ Para un estudio razonado en el cual se critica la teoría del uso jurídico, véase MOSCIATI OLIVIERI, Piero Bruno, «La aplicación del Derecho extranjero. Teoría del uso jurídico», en *Revista chilena de Derecho*, Santiago, Chile, Vol. 20, enero-abril 1993, núm. 1, pp. 39-57.

investiga «las modificaciones que el Derecho padece, si lo consideramos desde el punto de vista de la distinción entre lo propio y lo ajeno.»³⁰⁵

Así las cosas, la teoría del uso jurídico, creada por Werner Goldschmidt,³⁰⁶ su máximo exponente, seguida por Mauro Capelletti, Carlos N. Gattari, Jürgen Samtleben y Gerhard Luther, consiste en reconocer como Derecho extranjero la más probable sentencia de fondo que el juez extranjero hubiese dado, aplicando su propio Derecho, al mismo caso concreto que ahora se presenta ante el juez nacional. Se fundamenta en que el Derecho no puede dividirse, *per se*, en nacional o extranjero, en realidad, el Derecho guarda esa calidad dependiendo de la relación que guardemos con el mismo. La diferencia es que, colaboramos con el Derecho propio al conocerlo y aplicarlo. Por el contrario, somos meros espectadores o «fotógrafos»³⁰⁷ del Derecho extranjero. Es decir, aplicamos el Derecho propio e imitamos el extranjero. «Somos» el Derecho propio, «tenemos» el Derecho extranjero; el último ofrece un problema, el primero un misterio.³⁰⁸

Se dice, entonces, que la norma indirecta o de conflicto, cuando señala aplicable al Derecho extranjero, hace referencia a la sentencia más probable que el juez extranjero dictaría sobre la cuestión a que dicha norma indirecta se refiere. Para ésta teoría, si en el Derecho extranjero aplicable existen una pluralidad de ordenamientos jurídicos, deberá aplicarse el «Derecho interregional central»³⁰⁹ o el «Derecho transitorio extranjero»³¹⁰. Frente a varios Derechos interregionales, habrá que recurrir al que rige para los tribunales que

³⁰⁵ GOLDSCHMIDT, Werner, *Suma del Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 100.

³⁰⁶ *Ibidem*, pp. 103-110.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 104.

³⁰⁸ Según Gabriel Marcel, Véase GOLDSCHMIDT, Werner, *Suma del Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 104.

³⁰⁹ GOLDSCHMIDT, Werner, *Suma del Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 105.

³¹⁰ *Idem*.

resulten competentes según la propia legislación extranjera a la que nos ha remitido nuestra norma de conflicto.

La teoría del uso jurídico, determina la manera de ser del Derecho en función de la justicia.³¹¹ Para esta escuela, partiendo de la teoría trialista del Derecho, en donde éste es realidad social, luego norma, y después justicia, la norma nacional es tridimensional, mientras que la norma extranjera es unidimensional. Es decir, la norma nacional comprende el orden de repartos, el ordenamiento normativo y la justicia, mientras que en la norma extranjera solamente se toma en cuenta su orden de repartos, en el cual se halla la sociologización de su ordenamiento normativo, eliminando el aspecto de justicia, que se inserta luego con el concepto de orden público como último control de Derecho extranjero intolerable.³¹²

A partir de las reformas iusprivatistas de 1988, la legislación mexicana sigue la escuela del uso jurídico según la fracción I del artículo 14 del Código Civil Federal, la misma fracción y artículo del Código Civil para el Distrito Federal, artículos 86 y 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles y artículos 284 y 284 bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Algunas legislaciones estatales siguen también esa escuela, como es el caso de Coahuila -artículo 417 del Código de Procedimientos Civiles-, Nuevo León -artículo 225 del Código de Procedimientos Civiles- Querétaro -artículo 272 bis del Código de Procedimientos Civiles- y Tabasco -artículo 232 del Código de Procedimientos Civiles-.

³¹¹ GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 137.

³¹² *Ibidem*, p. 139.

II. LA APLICACIÓN MATERIAL DEL DERECHO EXTRANJERO.

1. Naturaleza procesal o condición del Derecho extranjero en el Derecho internacional privado ¿Hecho o Derecho?

El Derecho internacional privado ha encontrado su fuente práctica y de desarrollo doctrinal en el proceso civil,¹ incluyendo en dicho género al Derecho procesal mercantil, debido principalmente a que es en esta materia, derivado del creciente tráfico jurídico en esas materias, en donde se presentan la mayoría de casos de aplicación de leyes de dos o más Estados.

Cuando la legislación civil de un Estado señala la necesidad de que sea aplicada una ley extranjera, se ha cuestionado si ésta, al amparo de la ley del Estado receptor, debe ser aplicada en igualdad de circunstancias que su ley nacional o en un estrato inferior.

En ese sentido, debemos atender, en primer lugar, a la necesidad y forma de probar el Derecho extranjero. Si la ley nacional establece que el Derecho extranjero no debe probarse, debiéndose de aplicar oficiosamente por

¹ RIGAUX, François, *Derecho Internacional Privado. Parte General*, Editorial Civitas, Madrid, España, 1985, pp. 91-92.

el juez, entonces estaremos frente a un sistema que equipara el Derecho extranjero al nacional. Por el contrario, si el Derecho extranjero debe ser probado en el proceso, la ley extraña se considera de segunda clase, pues no goza de las mismas prerrogativas que la ley nacional para su aplicación.

Justo o no, el sistema que impera en la mayoría de los países² es aquel que otorga al Derecho extranjero un trato inferior que a su propio Derecho. La norma extranjera requiere ser invocada y probada por las partes y, por ello, se habla de que la norma extranjera se encuentra en un estado de inferioridad respecto de la norma nacional, al amparo del principio dispositivo del Derecho procesal civil.

Por el contrario, existen teorías y sistemas que adoptan, bajo el principio *iura novit curia*,³ la oficialidad en la aplicación de la ley, no solo para el Derecho nacional, sino haciéndolo extensivo al extranjero. Conforme a este principio, solamente basta expresar los hechos en que se funda un proceso, para que el juez determine, invoque y aplique el Derecho que resolverá la cuestión controvertida. Bajo la aplicación estricta y pura de esta doctrina, el Derecho no requiere de prueba alguna.

² ARELLANO GARCÍA, Carlos, «La prueba del Derecho extranjero», en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, Facultad de Derecho, México, Tomo XLVI, septiembre-diciembre 1996, núms. 209-210, p. 19. Otros autores que siguen esta opinión, a decir del propio Doctor Arellano, son Miaja de la Muela, Orué y Arreguá y Caicedo Castilla.

³ La máxima *iura novit curia* era ya aplicada en las ciudades italianas del siglo XIII, cuando los jueces debían aplicar el derecho romano de oficio porque debían haberlo aprendido en sus estudios universitarios. Cfr. PARRA ARANGUREN, Gonzalo, «El tratamiento procesal del Derecho extranjero en los países de América del Sur», en *La Justicia*, México, Tomo XXXI, noviembre 1972, núm. 509, p. 56.

1.1 El Derecho extranjero considerado como hecho en el proceso: el principio de inferioridad de la norma extranjera.

Una de las principales teorías modernas que sostienen la inferioridad del Derecho extranjero es la «teoría del uso jurídico» del autor germano-argentino Werner Goldschmidt. Para este autor y sus seguidores, se explica el principio de inferioridad procesal de la ley extranjera, diciendo que cuando la norma de conflicto señala la aplicación de una norma extraña, en realidad no se refiere al Derecho extranjero, sino al *uso jurídico* del país de que se trate, «ordenando al juez indígena decidir el pleito tal como si lo resolviera en el país de origen de la norma, indicando por tanto, un *hecho* y no *Derecho*, por exigir del juez la verificación de un *juicio de probabilidad* y no la *aplicación* de normas jurídicas.»⁴ Así las cosas, debido a que los hechos deben probarse en el proceso, también el Derecho extranjero está sujeto a su acreditación procesal.

Para Goldschmidt, cuando un país prescribe la aplicación del Derecho extranjero, desea que el caso controvertido se resuelva conforme se haría en el Estado de origen. El problema radica en que la norma extranjera no tiene ejemplaridad para los gobernados del país de recepción y, por ello, no puede considerarse Derecho. Si bien al aplicar nuestra norma indirecta estaríamos aplicando la norma extranjera a que aquella nos remite, en realidad no obedecemos al Derecho extranjero, sino a nuestra norma de conflicto: «copiamos el Derecho extranjero, entendiendo por tal la probable regulación del caso en el país extranjero.»⁵

⁴ GOLDSCHMIDT, Werner, *La consecuencia jurídica de la norma de Derecho internacional privado*, Barcelona, 1935, p. 12., citado en Cfr. MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *Derecho Internacional Privado*, Ediciones Atlas, 6ª edición, Tomo I, Madrid, 1972, p. 352.

⁵ GOLDSCHMIDT, Werner, *Sistema y Filosofía del Derecho internacional privado*, 2ª edición, Buenos Aires, 1952, Tomo I, pp. 374-374; citado en MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, pp. 352-353.

Siguiendo la teoría del uso jurídico, el Derecho extranjero es un hecho, concibiéndolo «como la sentencia que con máximo grado asequible de probabilidad dictaría el juez extranjero en el supuesto caso de que el aspecto de la contienda, sometido a su Derecho, realmente se hubiese radicado en su jurisdicción».⁶

Adoptando la posición contraria a la teoría del uso jurídico, se encuentra la teoría del iusprivatista Adolfo Miaja de la Muela, al señalar:

El juez, aplique sus propias reglas o las de un país extranjero, realiza siempre la función tantas veces comparada con la solución de un silogismo, en que la norma actúa como premisa mayor y los hechos que estima probados en cuanto premisa menor. La premisa mayor nunca puede estar constituida por hechos, sino por normas integrantes de un ordenamiento jurídico, esto es, por reglas de Derecho.⁷

Señala el célebre autor que la «teoría de la ejemplaridad de las normas» de Goldschmidt cae por tierra, debido a que «podrá ser una finalidad secundaria de la aplicación de las normas, pero nunca la fundamental o fundamentales de servir al bien común, a la justicia y a la seguridad jurídica.»⁸

En la doctrina francesa, el profesor Henry Batiffol, haciendo un análisis ontológico de la ley, sostuvo que la ley del foro está dotada de los caracteres racional e imperativo, mientras que la ley extranjera solamente cuenta con el carácter racional.⁹ De esta forma, no negó carácter jurídico a la ley extranjera.

⁶ GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado*, 9a. edición, Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 504.

⁷ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 353.

⁸ *Ibidem*, p. 354.

⁹ BATIFFOL, Henri, *Aspects philosophiques de Droit international privé*, París, pp. 111 y 112; citado en MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 355.

La teoría de Batiffol fue atacada por Maury, al señalar que la diferenciación entre el carácter racional e imperativo de la ley no explican el trato dado a la ley extranjera. Motulsky sostuvo, también en contraposición a Batiffol, que lo propio de la norma de conflicto es otorgar carácter imperativo a la ley extranjera.¹⁰ Los Estados que han determinado que el Derecho extranjero debe ser invocado por los litigantes, han insertado la norma extranjera como un hecho en el proceso y, por tanto, también han dispuesto que ese Derecho debiera ser probado.¹¹

En la República Argentina,¹² el Derecho extranjero es considerado un hecho, excepto las leyes extranjeras obligatorias en la República por convenciones diplomáticas o en virtud de ley especial. Las partes deben probar la existencia, vigencia y contenido del Derecho extranjero que invoquen, sin perjuicio de que si no resultara probada, el juez puede investigarla.¹³

En España, deberá probarse el Derecho extranjero, en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cualquier medio de averiguación para su aplicación.¹⁴ Sin embargo, el principio *iura novit curia* se

¹⁰ Véase MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 356.

¹¹ MAURY, Jacques. *Derecho Internacional Privado*. Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, México, 1949, p. 48.

¹² Artículo 13 del Código Civil: «La aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes. Exceptúanse las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República por convenciones diplomáticas, o en virtud de ley especial. La ley extranjera es un hecho que debe probarse. La ley nacional es un derecho que simplemente se alega sin depender de la prueba.»

¹³ Artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

¹⁴ Según el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La jurisprudencia española ha sentado que deben acreditarse no solo el sentido de los preceptos legales extranjeros, sino también su contenido y vigencia, haciendo una

aplica también respecto de la legislación de las comunidades autónomas y la legislación comunitaria debidamente publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.¹⁵

Para el Derecho inglés continúa «la anacrónica norma de la prueba, como hecho, de la ley extranjera»,¹⁶ donde las partes deben probar la ley extranjera como un hecho extralegal, pues no puede esperarse que el Juez lo conozca, quedando la carga de la prueba e investigación de este a cargo de las partes.¹⁷ La única diferencia que, en el Derecho angloamericano, tiene el Derecho extranjero frente a los hechos comunes, es que quien decide sobre los hechos es un jurado y sobre el Derecho extranjero es únicamente el Juez.¹⁸

Apuntalando el principio de inferioridad de la norma extraña, tenemos el *principio dispositivo del proceso*, como lo ha denominado la doctrina italiana, o «*Verhandlungsmaxime*», como lo nombran las doctrinas alemanas, consiste en (a) que el juez no puede apoyarse sino en los hechos alegados y probados por las partes y debe tener por cierto los hechos cuya realidad concuerden los

interpretación sistemática de ellos. Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, José y BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe, *La prueba civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios sobre prueba y medios de prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 41.

¹⁵ Según el artículo 117.1 del Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas. Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, José y BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe, *op. cit.*, p. 40.

¹⁶ VALLADÃO, Haroldo Texeiro, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Trillas, México, 1987, p. 546.

¹⁷ WOLFF, Martin, *Derecho Internacional Privado*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1958, p. 209.

¹⁸ Dicha excepción fue introducida en Inglaterra en 1920 en la *Administration of Justice Act*, luego reemplazada por la *Supreme Court of Judicature Act* de 1925. En los Estados Unidos fue introducida en la *American Uniform Judicial Notice Act* de 1936. Cfr. WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 211. Véase también VALLADÃO, Haroldo Texeiro, *op. cit.*, p. 546.

litigantes; y (b) el juez debe atender al objeto y causa de la demanda, así como a las defensas y excepciones, sin que pueda otorgar nada más que las partes le hubiesen solicitado.¹⁹ Así las cosas, se ha defendido la necesidad de probar el Derecho extranjero aduciendo que, en virtud del principio dispositivo del proceso, es el caso que «los hechos alegados al juez pongan de relieve los elementos extranjeros de la situación».²⁰

Para el iusprivatista mexicano Carlos Arellano García «la prueba del Derecho extranjero es algo imprescindible»²¹, atendiendo a los siguientes puntos: (a) no se han perfeccionado los medios de difusión y conocimiento oportuno del Derecho extranjero vigente y la cantidad de países existentes hacen prácticamente imposible dicha hazaña; y (b) toda vez que el Derecho extranjero debe ser probado conforme a su país de origen, su interpretación, en todo caso, debe ser probada.

Lo que resulta incontrovertible es que el principio de inferioridad del Derecho extranjero ha sido reconocido generalmente en las diversas legislaciones, debido a la dificultad existente en que el juez conozca todas las leyes de todos los Estados, su vigencia, sentido y alcance legal.

Sin perjuicio de lo señalado en este trabajo respecto de la génesis legislativa que han tenido las normas de Derecho internacional privado mexicano en cuanto a la prueba de la ley extraña, desde los tiempos del territorialismo a ultranza los tribunales en México sostenían la necesidad de probar el Derecho extranjero, como lo sostiene la siguiente tesis aislada, correspondiente a la Quinta Época dictada por el Pleno de la Suprema Corte de

¹⁹ RIGAUX, François, *Derecho Internacional Privado. Parte General*, Editorial Civitas, Madrid, España, 1985, pp. 92-93.

²⁰ *Ibidem*, p. 333.

²¹ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Porrúa, 13ª edición, México, 1999, p. 865.

Justicia de la Nación en el caso *Compañía Minera de Sultepec, S.A.*,²² el 29 de enero de 1924:

LEYES EXTRANJERAS. El que funda su Derecho en leyes extranjeras, debe probar la existencia de éstas, y que son aplicables al caso.²³

El mismo criterio se siguió en el afamado caso *Patiño*,²⁴ dictado por la extinta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 9 de diciembre de 1959:

DERECHO EXTRANJERO, CARGA DE LA PRUEBA DEL. A quien invoca la aplicación del Derecho extranjero le incumbe la carga de probarlo, supuesto que los jueces mexicanos no son órganos de las leyes extranjeras.²⁵

Como se puede corroborar en el tercer capítulo de este trabajo, la mayoría de los estados mexicanos continúan exigiendo la prueba del Derecho extranjero, toda vez que sus códigos procesales continúan sosteniendo el

²² En el foro mexicano y en términos del artículo 196 de la Ley de Amparo, cuando se invoca la jurisprudencia no se acostumbra hacerlo con el nombre del asunto, sino señalando el número y órgano jurisdiccional que la integró y el rubro y tesis. No obstante, en la doctrina del Derecho internacional es común designar los asuntos por nombre. En el Derecho internacional privado mexicano existe el caso del asunto *Patiño* que así ha sido conocido siempre en nuestra doctrina. Así las cosas, en el presente trabajo, optamos por señalar el nombre del asunto que dio lugar a la tesis, con fines didácticos, sin omitir también señalar los datos de localización de la tesis en cuestión.

²³ Quinta época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación, tomo XIV, p. 432.

²⁴ Caso que así ha sido conocido en la doctrina mexicana, a pesar de que la quejosa lo era María Cristina de Borbón de Patiño.

²⁵ Sexta Época, Instancia Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Cuarta Parte, XXX, p. 120.

territorialismo de las leyes. En materia mercantil, nuestra legislación continúa previendo la necesidad de que la ley extraña sea probada.

1.2 El Derecho extranjero considerado como tal en el proceso: el principio *iura novit curia*.

Bajo el principio *iura novit curia* se equipara el Derecho extranjero al nacional, pues no es necesario que las partes prueben o invoquen la ley extranjera para que el Juez deba tomarlo en cuenta al resolver sobre el asunto que se le plantea. El principio descansa en el aforismo latino *iura novit curia; da mihi factum, dabo tibi ius*.²⁶

La razón por la que el legislador siempre ha buscado eliminar al Derecho extranjero de la órbita del principio de la oficialidad, es el alto grado de dificultad que provoca la averiguación de ese Derecho, es decir, un fundamento de índole procesal.²⁷ Podemos agregar que no solo existe la dificultad para averiguar el Derecho extranjero, pues aún averiguándolo, no cualquier abogado está preparado para aplicarlo, toda vez que, para hacerlo, deberá conocer el método comparativo que la aplicación del Derecho extranjero implica. El conocido comparatista René David señalaba «vale más no hacer Derecho comparado que pretender hacerlo sin estar preparado».²⁸ Es ilustrativa la opinión de una Corte inglesa al resolver el caso *White vs. Jones*, en donde se

²⁶ El juez conoce los hechos, dame los hechos y yo te daré el derecho, aunque en ocasiones también se expresa «*iura novit curia; narra mihi factum, narro tibi ius*», o únicamente con el adagio «*iura novit curia*». Cfr. ARELLANO GARCÍA, Carlos, *op. cit.*, p. 863 y ARELLANO GARCÍA, Carlos, «La prueba del Derecho extranjero», *loc. cit.*, p. 18. Para Adolfo Miaja de la Muela son dos aforismos diversos, Cfr. MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 414.

²⁷ GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 511.

²⁸ DAVID, René, *Tratado de Derecho civil comparado*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, p. 11.

discutía sobre la necesidad de efectuar Derecho comparado:²⁹ «*I hesitate to embark in an opinion such as this upon a comparison, however, brief, with a civil law system; because experience has taught me how very difficult, and indeed potentially misleading, such an exercise can be*».³⁰

No obstante, debido al crecimiento del tráfico jurídico internacional que presenta actos jurídicos cada vez más complejos con actores de diversas nacionalidades, se evidencia cada día más la necesidad de aplicar normas extranjeras para la solución de controversias judiciales. Lo anterior, especialmente a la luz de la influencia que el Derecho de los Estados Unidos ha tenido a nivel mundial como consecuencia de su hegemonía económica y el creciente intercambio jurídico derivado de la Unión Europea y la circulación de los modelos jurídicos de sus Estados miembros.³¹ Dicha necesidad ha sido reconocida incluso en la doctrina de los países más cerrados económica y políticamente hablando, como lo es la Cuba castrista y la extinta Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.³²

²⁹ MARKESINIS, Basil S., «Foreign law and foreign ideas in the English courts. The contemporary English contribution to the use of foreign law and comparative methodology», en *Revue Hellénique de Droit international*, Atenas, Grecia, año 50, 1997, núm. 2, p. 376.

³⁰ Dudo embarcar una opinión como ésta en una comparación, ni siquiera un informe, con un sistema del Derecho civil; porque la experiencia me ha enseñado cuan difícil y, de hecho, potencialmente engañoso, puede ser tal ejercicio.

³¹ ALPA, Guido, «Foreign law in international legal practice: an Italian perspective», en *Texas international law review*, Austin, Texas, Vol. 36, núm. 3 especial, 2001, p. 498.

³² Véase DÁVALOS FERNÁNDEZ, Rodolfo, «La aplicación del Derecho extranjero», en *Revista jurídica*, La Habana, Cuba, año IV, núm. 12, julio-septiembre 1986, p. 58. El autor señala «En la actualidad los vínculos comerciales internacionales de colaboración económica y el intercambio cultural y turístico son inconcebibles sin el reconocimiento, por parte de los Estados, de los derechos subjetivos que se adquieren en virtud de leyes

El principio *iura novit curia* ha sido criticado diciendo que se aplica a la ley nacional, pues no es posible exigir a un juez conocer todo el Derecho extranjero, sino que el juez

...debe esforzarse todo cuanto pueda, no en conocer en todo su detalle las soluciones de los Derechos extranjeros –lo que sin duda es imposible materialmente–, sino en ponerse en estado de comprender realmente el Derecho extranjero cuando se le exponga de un modo u otro. En este sentido es sumamente deseable un cierto conocimiento muy general de los principios de los Derechos extranjeros, de sus fuentes y de su estructura.³³

Es cierto que, históricamente, el adagio *iura novit curia*, al encontrar su origen en la época clásica del Derecho romano, no puede haberse referido al Derecho extranjero, desde el momento mismo en que los romanos no reconocían la existencia de este. Sin embargo, siendo que en la modernidad el Derecho extranjero es reconocido como tal, debiera de aplicarse el famoso adagio romano a cualquier Derecho que resulte aplicable. Lo que no es posible negar es el hecho de que el Derecho extranjero requiere prueba en el proceso: es imposible que el Juez nacional conozca todos los Derechos. Como señala el profesor Rigaux «el principio *iura novit curia* cede ante las exigencias prácticas, no pudiendo considerarse, razonablemente, que todo juez conoce todos los sistemas jurídicos extranjeros.»³⁴

Consideramos que la cuestión a discutirse no debiera ser si el Derecho extranjero requiere de prueba alguna, pues resulta evidente que así es. Lo que

extranjeras. Este aspecto ha sido señalado, vehemente, por Lunz (considerado por muchos no sin razón, el padre del Derecho internacional privado soviético).»

³³ DAVID, René, *op. cit.*, p. 59.

³⁴ RIGAUX, François, *op. cit.*, p. 335.

debe discutirse y, creemos hacerlo en este trabajo, es sí la carga de la prueba del Derecho extranjero debe ser asumida totalmente por las partes –en cuyo caso estaríamos frente al más claro plano de inferioridad del Derecho extranjero–, o si el Juez debe investigar por su cuenta y mediante los medios que su propia ley le permita, el contenido, alcance, sentido y vigencia de la ley extranjera.

A este punto habremos de señalar que es discutible utilizar el término prueba, cuando el objeto de esta es el Derecho extranjero. Si la ley nacional ordena a la partes acreditar la existencia, alcance, sentido y vigencia del Derecho extranjero, utilizar el término prueba es teóricamente correcto, habida cuenta de que en ese caso el Derecho extranjero es considerado un hecho en el proceso y, en consecuencia debe ser probado. Cuando, por el contrario, la ley nacional establece que la existencia, alcance, sentido y vigencia de la ley debe ser recabada oficiosamente por el Juez nacional, no consideramos que se deba hablar de *prueba* del Derecho extranjero, sino de su *estudio* o *valoración*.

Cuando la ley señala que el Juez debe aplicar la ley nacional implica forzosamente que debió estudiarla primero, no probarla. En ese sentido no existe controversia, ni parece haber sido discutido, que la aplicación de ese Derecho podrá ser analizada por las partes, a través de sus abogados, o por los demás jueces que deban revisar esa aplicación, sin mayores elementos que acrediten la existencia, alcance, sentido y vigencia del Derecho nacional, dado que todos ellos se presumen conocedores y peritos en ese sistema jurídico.

Señala Rigaux que la diferencia entre aplicar a la *lex fori* el adagio *iura novit curia* y hacerlo al Derecho extranjero, consiste en que, al aplicar la ley nacional, el juez tiene

...acceso a todos los medios de información del contenido de su propio Derecho, si éste ha sido ya formulado; ley, jurisprudencia, etc. Cuando el precepto no ha sido formulado (laguna) o si es oscuro o incierto (interpretación), el adagio se completa mediante el poder reconocido al juez de interpretar la ley y de colmar las

lagunas. El juez «conoce» el Derecho porque, en su caso, crea la norma necesaria para la solución del litigio.³⁵

Rigaux continúa diciendo que, cuando se trata de aplicar Derecho extranjero, el juez

...no tiene acceso a todos los medios materiales de información de cualquier Derecho extranjero; además, lo que en el sistema extranjero podría parecerle una laguna o una incertidumbre, previsiblemente se deberá únicamente a su ignorancia, estando el precepto claramente formulado, pero fuera de su alcance.³⁶

Resulta mayoritaria la opinión de los tratadistas de que los jueces nacionales se enfrentan a la imposibilidad de conocer todo el Derecho extranjero de manera cierta y actual. Si bien el juez tiene la facultad de aplicar de oficio el Derecho extranjero, es necesario que exista constancia procesal acerca del Derecho que está aplicando, a fin de que las partes puedan analizar si fue justa o no la aplicación de ese Derecho y, en su caso, los tribunales de alzada puedan también emitir una opinión en ese sentido. Así las cosas, consideramos que, si bien el Juez de recepción no debe *probar* la existencia, alcance, sentido y vigencia del Derecho extranjero, si debe dejar constancia en el expediente de las diligencias que hubiese efectuado para el estudio respecto del Derecho extranjero.

En nuestro concepto, la constancia procesal que debe quedar plasmada en el expediente debiera ser aquella encaminada a constatar la existencia, alcance, sentido y vigencia de la ley extranjera. Dejar de acreditar cualquiera de esos extremos constituiría aplicar la ley a ciegas o en base a simples elucubraciones sin sustento científico alguno. Consideramos que pudiese aplicarse la presunción en determinados casos, siempre en que uno de los

³⁵ *Idem.*

³⁶ *Idem.*

eslabones del Derecho extranjero estuviese trunco, pero siempre que del conocimiento de los demás pudiese inferirse el que desconocemos.

Como señalaremos en el tercer capítulo de este trabajo, en México, las reformas iusprivatistas de 1988 cristalizaron en el reconocimiento del principio de *iura novit curia* para el Derecho extranjero en México. En nuestro concepto es claro que las citadas reformas imponen al juzgador la obligación procesal de que, cuando se denote la necesidad de aplicar el Derecho extranjero, ya sea que las partes lo hubiesen alegado o no, investigue de oficio el contenido de dichas leyes con la finalidad de probar oficiosamente su contenido. El criterio de los Tribunales en México ha sido que las partes deben invocar el Derecho y que la carga de la prueba de la ley extraña es para las propias partes, sin perjuicio de que el juzgador, en forma discrecional, obtenga informes vía diplomática del contenido de las normas extranjeras. Tal criterio se desprende de las siguientes tesis emitidas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en el caso, *del Valle*, el 18 de octubre de 2001:

DERECHO EXTRANJERO. PARA DEMOSTRARLO RESULTA APLICABLE LO DISPUESTO EN LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE PRUEBA E INFORMACIÓN ACERCA DEL DERECHO EXTRANJERO, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL VEINTINUEVE DE ABRIL DE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y TRES.

De la interpretación sistemática de los artículos 14, fracción I, del Código Civil Federal; 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles, y de la exposición de motivos del decreto publicado el doce de enero de mil novecientos noventa y ocho, que adicionó el segundo de esos preceptos, se desprende que para probar el Derecho extranjero son atendibles las convenciones internacionales en donde México ha sido parte integrante, al formar éstas parte del Derecho nacional, en términos de lo dispuesto en el artículo 133 constitucional. Sobre el particular, destaca la

Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, firmada en Montevideo, Uruguay, el ocho de mayo de mil novecientos setenta y nueve, y publicada en el órgano oficial informativo de la Federación el veintinueve de abril de mil novecientos ochenta y tres, de cuyos artículos 1o. y 3o. se advierte la existencia de la cooperación entre los Estados-partes de ese convenio con la finalidad de obtener con mayor facilidad y menor tiempo los elementos de prueba idóneos e información acerca de un Derecho extranjero de un país que tenga que aplicarse en otro, los elementos de prueba idóneos y la información acerca del Derecho extranjero requerido para ser aplicado a un determinado caso, siendo éstos, entre otros de la misma naturaleza: a) El documento consistente en copia certificada de textos legales con indicación de su vigencia o precedentes judiciales; b) La prueba pericial consistente en dictámenes de abogados o expertos en la materia; y, c) Los informes del Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su Derecho sobre determinados aspectos. Cabe destacar que los dos primeros presupuestos a probar están dirigidos a la parte que invoca el Derecho extranjero,³⁷ los que se estiman esenciales para que el Juez de instrucción tenga todos los elementos necesarios para establecer la forma de aplicación de las normas extranacionales, y el último está encauzado a las autoridades jurisdiccionales, quienes podrán solicitar los informes que ahí se refieren, según lo establecido en el citado artículo 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles; no siendo este presupuesto determinante para acreditar el Derecho extranjero y su aplicación, dado que es una potestad del

³⁷ El subrayado es nuestro.

órgano jurisdiccional ejercerla o no, según su arbitrio judicial.³⁸

DERECHO EXTRANJERO. SU DEMOSTRACIÓN EN JUICIO CORRESPONDE A LAS PARTES, Y AL TRIBUNAL MEXICANO LA POTESTAD DE VERIFICAR SU TEXTO, VIGENCIA, SENTIDO Y ALCANCE, PARA LO CUAL DEBE ATENDERSE A LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES EN LAS QUE EL ESTADO MEXICANO HA SIDO PARTE.

Del examen sistemático de los artículos 14, fracción I, del Código Civil Federal y 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles, y de la exposición de motivos del decreto publicado el doce de enero de mil novecientos noventa y ocho, que adicionó el segundo de esos preceptos, se desprende precisada en forma clara la manera de aplicar el Derecho extranjero por un tribunal mexicano, al señalar que el tribunal que conozca del asunto lo hará como lo harían los Jueces y tribunales del Estado cuyo Derecho resulte aplicable, no sin antes ser probado en juicio; y respecto de este último punto, que corresponde a las partes allegar al Juez natural el Derecho extranjero invocado y proporcionar los elementos de donde pueda deducirse el texto, vigencia, sentido y alcance de ese Derecho,³⁹ otorgando facultades al tribunal para que, de estimarlo necesario, pueda valerse de informes oficiales a través del Servicio Exterior Mexicano o de las convenciones en que el Estado mexicano sea parte, para corroborar con exactitud los datos que preceden, a fin de dar certeza jurídica a sus determinaciones. Además, de la

³⁸ Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XV, Abril de 2002, Tesis I.3o.C.303 C, P. 1248.

³⁹ El subrayado es nuestro.

citada exposición de motivos se advierte que el legislador incorporó al Código Federal de Procedimientos Civiles normas generales de orden internacional que forman parte del sistema jurídico mexicano, en términos del artículo 133 de la Constitución Federal, con el fin de facilitar la aplicación del Derecho extranjero en el país, al estimar que son insuficientes para regular adecuadamente las cuestiones del Derecho internacional privado las disposiciones contenidas en ese código, lo que permite concluir que para la solución exacta de esas cuestiones y, en particular, para probar el Derecho extranjero, debe atenderse a las convenciones internacionales que el Estado mexicano ha suscrito, al formar éstas parte del Derecho nacional.⁴⁰

Tal criterio jurisprudencial es lamentable, debido a que es obligación del juzgador resolver la cuestión que se le plantea y, si nuestro legislador, atendiendo a las más avanzadas corrientes iusprivatistas, igualó al Derecho extranjero con el nacional, es claro que arrojar la carga de la prueba a las partes respecto de la ley extraña es hacer nugatoria esa equiparación.

2. Alegación o invocación del Derecho extranjero.

Por regla general, en los procesos civiles y mercantiles, corresponde a las partes la obligación de alegar la necesidad de aplicar el Derecho extranjero a un caso concreto, señalando al juzgador cuales son los puntos de contacto con la ley extranjera que hacen necesaria su aplicación.

Ante dicho alegato, aplicando su norma de conflicto nacional y, en general, su sistema de Derecho internacional privado, el Juez deberá

⁴⁰ Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XV, Marzo de 2002, I.3o.C.302 C, P. 1326.

determinar si existe la necesidad de aplicar el Derecho sustantivo de otro Estado. Es entonces cuando el Juez deberá estarse a lo que su ley nacional establece en materia de la aplicación de Derecho extranjero, ya sea que esta deba probarse o no.

No obstante, ha sido discutido doctrinalmente si la obligación de invocar el Derecho extranjero corresponde únicamente a las partes, al juzgador o a ambos. Tal es el objeto de estudio en este capítulo.

2.1 Cuando el Derecho extranjero es invocado por las partes en el proceso.

Las legislaciones tendientes a reconocer el principio de inferioridad procesal del Derecho extranjero, por lo general establecen que la ley extraña, para ser tomada en cuenta por el juzgador, debe ser invocada por las partes, pues dicha ley se considera un hecho y no Derecho en el proceso.

Según el francés Maury, la inferioridad del Derecho extranjero se acredita con dos extremos: (a) desde el punto de vista de la prueba y (b) desde el punto de vista del recurso de casación. Desde el punto de vista de la prueba, los tribunales no pueden aplicar de oficio la ley extranjera, debido a que es un hecho, debiéndolo de hacer cuando la parte interesada lo invoque y lo pruebe, si no lo hace el juez debe aplicar la *lex fori*. Esta solución imperó casi en todos los países hasta bien entrado el siglo XX.⁴¹

Así, como sucede con los hechos, dado el carácter dispositivo o de aportación de parte⁴² en el proceso, si las partes no alegan la existencia y aplicación de la ley extranjera, esta no podrá ser tomada en cuenta por el juzgador, en perjuicio de la parte que omitió invocarla.

⁴¹ MAURY, Jacques. *op. cit.*, p. 48.

⁴² Según Miaja de la Muela son dos principios diversos. Cfr. MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 414.

Cuando las partes litigantes no alegan la aplicación del Derecho extranjero o no lo llegan a acreditar en el juicio se dice que un asunto con visos de internacionalidad puede convertirse en un asunto puramente nacional.⁴³ Las causas por las que las partes podrían dejar de alegar la aplicación de la ley extraña pueden ser por ignorancia, defecto en su alegación o prueba o por considerar la norma nacional más adecuada a sus intereses. En concepto nuestro, cuando se presentan estas hipótesis estaríamos frente a una injusticia y un fraude a la ley, habida cuenta de que lo justo, por señalarlo la propia norma de conflicto, se encuentra en la aplicación del Derecho extranjero.

Un litigante cuidadoso deberá siempre invocar el Derecho extranjero que en su concepto resulte aplicable en el asunto que patrocina, habida cuenta de que, con ello, evita el error judicial o la simple omisión del juzgador de traer al juicio y aplicar la ley extraña. No obstante, dependiendo la legislación de que se trate, podría ser válido renunciar a la aplicación del Derecho extranjero. Mientras que la aplicación de la ley del foro es irrenunciable, la ley extranjera sí podría serlo. De esa forma, podría configurarse fraude a la ley cuando una persona considerara más conveniente de aplicarse al caso concreto la ley del foro en vez de la ley extranjera que la norma de conflicto señala y con ello pretendiera solamente evadir la aplicación de su ley nacional.⁴⁴

En México, si bien las reformas iusprivatistas de 1988 reconocieron el principio *iura novit curia* para el Derecho extranjero, la verdad de las cosas es que los tribunales siguen exigiendo a las partes la carga procesal de invocar la ley extraña, como se demuestra con la siguiente tesis emitida por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en el caso *Vasarhelyi*, el 12 de junio de 2001:

⁴³ En ese sentido Véase GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 512; MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 414.

⁴⁴ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, pp. 415-416.

DERECHO EXTRANJERO. PUNTOS DE CONEXIÓN QUE LO HACEN APLICABLE.

Cuando un acto se celebra en un Estado para tener efectos o ser ejecutado en otro Estado, por la nacionalidad de los sujetos, la ubicación de la cosa o la naturaleza del Derecho o del hecho jurídico de que se trate, tiene que precisarse cuál es el sistema jurídico que lo regula y debe tenerse en cuenta el orden público interno para establecer la naturaleza y alcance del derecho subjetivo del nacional de un Estado que exige una obligación de un nacional de otro Estado, y cuya relación jurídica se creó en un Estado distinto al en que produce sus efectos. En México, el Poder Legislativo ha establecido expresamente una posición soberana que a la vez permite que se aplique el Derecho extranjero en nuestro territorio, siempre que la propia ley prevea la aplicación o que así derive de los tratados y convenciones en que México sea parte; lo que implica desde luego un sentido de reciprocidad y convivencia armónica en la comunidad internacional. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 12 del Código Civil Federal, las leyes mexicanas rigen para todas las personas que se encuentren en territorio nacional, así como para los actos y hechos ocurridos en su ámbito territorial, y la aplicación de normas extranjeras sólo se prevé para aquellos casos en que la propia ley así lo determine, salvo lo establecido en los tratados y convenciones en que México sea parte. Esto es, la legislación mexicana admite la aplicación del Derecho extranjero, y primero debe determinarse si se está o no en un caso en que se permita esa aplicación, y demostrado que es aplicable, debe tenerse en cuenta que quien funde su derecho en leyes extranjeras, tiene la carga procesal de probar la existencia de las mismas y que son aplicables al caso. Ello, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 19 del Código Civil Federal y 86 bis del

Código Federal de Procedimientos Civiles, conforme al cual el derecho que se funda en leyes extranjeras está sujeto a prueba y en ese sentido no opera la regla del sistema jurídico nacional de que el Derecho no es materia de prueba.⁴⁵

En nuestro concepto, la tesis antes transcrita es desafortunada y no hace otra cosa sino interpretar en forma torcida el artículo 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles, habida cuenta de que interpretando dicho artículo en forma sistemática con el artículo 86 que le precede, es claro que la intención del legislador fue relevar de prueba al Derecho extranjero integrándolo al nacional y obligando al juzgador a la aplicación del principio *iura novit curia* en ambos casos. Tan es así que el propio artículo 86 señala que el Derecho no está sujeto a prueba, sin que distinga entre el nacional y el extranjero. Además, el artículo 86 bis señala que el tribunal aplicará el Derecho extranjero como se haría en el estado de origen y que el juez puede ordenar el desahogo de las pruebas que estime necesarias para informarse sobre el texto, vigencia, sentido y alcance de la norma extraña, *sin perjuicio*, de las pruebas que las partes ofrezcan, con lo que se denota que la obligación de allegarse de la norma extraña es del juzgador, no de las partes.

2.2 Cuando el Derecho extranjero es invocado por el Juez.

La mayoría de legislaciones sostienen la necesidad de que sean las partes quienes deban alegar la aplicación del Derecho extranjero y aportar los medios de prueba del mismo. No obstante, existen legislaciones, principalmente las que sostienen el principio *iura novit curia* para el Derecho extranjero, en que este no debe forzosamente alegarse por las partes, ya que el juez está obligado a invocarlo y aplicarlo cuando denota su necesaria aplicación al caso concreto.

⁴⁵ Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XIV, Septiembre de 2001, I.3o.C.261 C, p. 1312.

Aún las legislaciones que imponen a las partes la obligación de probar el Derecho extranjero, en ocasiones reconocen la facultad discrecional del juez de investigar el contenido del Derecho a aplicarse. Tal es el caso de la Argentina.⁴⁶ La legislación alemana, por ejemplo, en el artículo 293 del Código procesal alemán, señala:

Las normas de Derecho escrito o consuetudinario vigentes en un Estado extranjero deben ser probadas sólo en cuanto sean desconocidas por el Tribunal. Para la aplicación de tales normas, el Tribunal no está obligado a limitarse a las pruebas proporcionadas por las partes, sino que puede valerse también de otras fuentes de información, dictando al efecto las oportunas providencias.⁴⁷

Es el caso también de las legislaciones italiana y suiza, que en el artículo 14 de la Ley de 31 de mayo de 1995 y 16 de la Ley Federal, respectivamente, recogen la investigación de oficio de la ley extranjera, aún cuando cuenten con la colaboración de las partes.⁴⁸

Se ha sostenido que el juez debe acudir o apoyarse en las partes para completar su conocimiento del Derecho extranjero, llegándose al extremo de señalar:

...el medio más seguro para conocer el contenido del Derecho extranjero consiste en abrir un debate contradictorio sobre este punto...Cuando un punto de

⁴⁶ GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 507.

⁴⁷ ARELLANO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 863-864 y MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 417.

⁴⁸ MASEDA RODRÍGUEZ, Javier, «La interpretación judicial del Derecho extranjero», en *Revista de Derecho privado*, Madrid, España, noviembre 1997, pp. 806-807.

Derecho interno es difícil o controvertido, las partes hacen valer el Derecho y los argumentos, las fuentes legislativas o jurisprudenciales que aportan al juez son de máximo valor para éste. Es raro que el magistrado, seguro de su ciencia jurídica, interrumpa al litigante diciéndole: «A los hechos, Señor Letrado, el Tribunal conoce el Derecho».⁴⁹

En ese sentido, la ley mexicana establece en los artículos 284 bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles, que el tribunal aplicará el Derecho extranjero como se haría en el estado de origen y que el juez puede ordenar el desahogo de las pruebas que estime necesarias para informarse sobre el texto, vigencia, sentido y alcance de la norma extraña, *sin perjuicio*, de las pruebas que las partes ofrezcan. Con ello se demuestra que, en México, la obligación de allegarse del texto, vigencia, sentido y alcance de la norma extraña es del juzgador, no de las partes, pero que éstas pueden coadyuvar con el juez en su tarea ofreciendo las pruebas que estimen pertinentes. Desde luego, las pruebas que las partes llegaran a aportar al juzgador le serán vinculativas a éste en tanto hagan prueba plena, pues de lo contrario deberán ser valoradas al prudente arbitrio del juzgador y aplicando las normas comunes de valoración de la prueba.

Dicho sea de paso, resulta que en muchos casos, como el de México, no existe una instancia o resolución previa, dentro de un juicio civil, que determine cual debe ser el Derecho aplicable o determine en forma autónoma si existe la necesidad de aplicar la ley extraña. Consideramos que cuando las partes alegaran la aplicación del Derecho extranjero o el juez notara la necesidad de hacerlo, debiera existir la obligación procesal del juez de efectuar un análisis de previo y especial pronunciamiento respecto a si efectivamente existe la necesidad de aplicar Derecho extranjero y, en su caso, cual fuera este, para que las partes estén en aptitud de colaborar con la investigación del mismo.

⁴⁹ RIGAUX, François, *op. cit.*, pp. 335-336.

Dicha cuestión podría solventarse en la vía incidental, como hemos dicho, como una cuestión de previo y especial pronunciamiento.

En su reunión de Hamburgo de 1891 el Instituto de Derecho Internacional estableció:

...cuando en un litigio civil fuera necesario aplicar una ley extranjera, sobre cuya existencia y tenor no estén de acuerdo las partes, el juez o Tribunal, a petición de las partes o de oficio, declarará en una decisión preliminar cuáles son las leyes o puntos de Derecho necesarios para resolver el asunto.⁵⁰

De esta forma, se evitaría la práctica de que, por la ignorancia que en ocasiones muestran los jueces o las partes frente a la ley extranjera, les lleva a dejar de aplicarla, lo cual constituye un abuso en el Derecho.⁵¹

Históricamente ha existido el esfuerzo de equiparar los derechos de los nacionales y extranjeros en un mismo territorio. Desde el siglo XIX comenzaron a surgir doctrinas que otorgaban un trato igual al Derecho nacional y extranjero. El Instituto de Derecho Internacional,⁵² acogió esas teorías, estableciendo en su resolución de Hamburgo del 12 de septiembre de 1891: «la prueba de las leyes extranjeras no puede ser una cuestión de hecho abandonada a la iniciativa de las partes.»⁵³

El principio establecido por el Instituto de Derecho Internacional, fue recogido, en mayor o menor medida, por diversas legislaciones del mundo desde finales del siglo XIX hasta bien entrado el XX, entre las que se

⁵⁰ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, pp. 419-420

⁵¹ DAVID, René, *op. cit.*, pp. 59-61.

⁵² CAICEDO CASTILLA, José Joaquín. *Derecho Internacional Privado*. 5ª edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1960, p. 502

⁵³ VALLADÃO, Haroldo Texeiro, *op. cit.*, p. 544.

encontraron las de Alemania, Suiza, Austria, Hungría, Checoslovaquia, Yugoslavia, Países Bajos, la desaparecida Unión Soviética, Portugal, Suecia, España y Polonia, entre otros. Países que no necesariamente contaron con normas escritas en tal sentido, pero sí con un fuerte desarrollo doctrinario y jurisprudencial fueron Italia, Francia, España, República Árabe Unida, Chile, Uruguay, Brasil, algunos estados socialistas y los Estados Unidos.⁵⁴

Por ello la importancia de que sean los jueces quienes se vean obligados a aplicar de oficio el Derecho extranjero. Desde el Código de Bustamante de 1928 se sostenía, en su artículo 408, que los jueces y tribunales de cada Estado contratante aplicarán de oficio, cuando procediera, las leyes de los demás, sin perjuicio de los medios probatorios que el propio Código establecía. En el protocolo adicional suscrito en el congreso de Montevideo, se establecía que «la aplicación de las leyes de los Estados contratantes será hecha de oficio por el juez de la causa sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley invocada». La misma norma se encuentra en el protocolo de 1940.

A mediados del siglo XX, los Derechos alemán y austriaco ya imponían la obligación de los jueces de informarse sobre el alcance de las leyes extranjeras.⁵⁵ Dicho deber encuentra su fundamento en el principio *nobile officium iudicis*. Las partes podían coadyuvar a la investigación de la ley extranjera, pero el juez no estaba obligado a tomar en cuenta el material jurídico aportado por las partes cuando resultaran contradictorias con las investigaciones del propio juez, ya fuera estudiando decisiones judiciales

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 544-546.

⁵⁵ Según el Z.P.O. (Código de Procedimientos Civiles) alemán, § 293; PARRA ARANGUREN, Gonzalo, «El tratamiento procesal del Derecho extranjero en los países de América del Sur», en *La Justicia*, México, Tomo XXXI, noviembre 1972, núm. 509, p. 57; DAVID, René, *op. cit.*, p. 55. siguiendo a Riezler, *Internationales Zivilprozessrecht und prozessuales Fremdenrecht*, 1949, pp. 491 y ss.

extranjerías, analizando la literatura jurídica del país de que se trate o pidiendo la opinión de algún «Instituto científico de Derecho extranjero».⁵⁶

Si el Derecho nacional ha establecido la aplicación de la ley extranjera, ésta debe aplicarse y no dejarse totalmente la carga de la prueba a las partes, siendo que el juez debiera aplicarla de oficio y «buscar por sí mismo el contenido del Derecho extranjero, a reserva de exigir a las partes que rindan prueba de él, si el juez no logra hacerlo».⁵⁷

En la actualidad, las leyes procesales otorgan una gran autoridad a los jueces en la dirección del proceso, por lo que la aplicación de la ley extranjera, como Derecho, se ha visto consolidada «sea en el conocimiento, sea en la prueba, sea aun en las consecuencias, como en materia de recursos.»⁵⁸

Coincidimos con Miaja de la Muela cuando señala:

...es cierto que al juzgador no se le pueda exigir un conocimiento tan pleno de las leyes extranjeras como respecto a las de su país, pero nada impide que colabore con las partes en la investigación del Derecho aplicable, o, más exactamente, que dirija él esta investigación, admitiendo la ayuda que para esta tarea puedan prestarle los litigantes y sus directores técnicos.⁵⁹

Se dice que los privatistas, en contrapartida a los iusprivatistas, siempre prefieren aplicar su propia ley a permitir que se aplique una ley extranjera. Lo mismo se dice de los jueces, quienes se ven afectados por el

⁵⁶ WOLFF, Martin, *op. cit.*, pp. 208-209. La alegación y prueba del Derecho extranjero se encuentra inserto, según Wolff, en el artículo 293 del Código alemán de procedimiento civil.

⁵⁷ MAURY, Jacques, *op. cit.*, p. 51.

⁵⁸ VALLADÃO, Haroldo Texeiro, *op. cit.*, p. 545.

⁵⁹ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 416.

...fenómeno que la ciencia jurídica alemana denomina el «*Heimwärtsstreben*», lo que significa «vuelta a los pagos», o «tirar para la querencia», y que consiste en una tendencia casi irresistible hacia la aplicación del Derecho Privado propio. Esta aspiración es tan vigorosa que los jueces no sólo evitan dentro de lo posible la aplicación del Derecho Privado extranjero, sino que incluso esquivan, si pueden, la del Derecho Internacional Privado propio, ya que saben que a través de este último se va camino a aquél. La enemiga judicial al Derecho extranjero estriba sobre todo en el laudatorio y legítimo deseo de los jueces de dictar una sentencia bien fundada, y en su convicción de que este deseo es más fácil de realizar pudiendo basar el fallo en el Derecho propio que en el Derecho extranjero.⁶⁰

Cuando la ley nacional establece que debe aplicarse la ley extranjera, es inconcuso que esa ley extranjera constituye el Derecho aplicable y, como tal, debiera ser aplicada de oficio por el juez nacional, sin que los litigantes debieran alegarla o probarla. Sin embargo, diferentes autores coinciden en señalar que, en la práctica, es difícil que los jueces puedan conocer la ley extranjera y aplicarla como tal.⁶¹

El iusprivatista francés Maury está a favor de la aplicación de oficio de la ley extranjera, diciendo que la ley no deja de serlo cuando se aplica en un país diverso y que la dificultad que existe para los jueces para conocerla es la razón por la cual se le considera un hecho, pero adiciona que igual de difícil es para las partes conocerlo y, entonces, con mayor razón no debe dejarse toda esa carga a ellos y a los tribunales de primera instancia. Señala:

⁶⁰ GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, pp. 375-376.

⁶¹ Véase CAICEDO CASTILLA, José Joaquín, *op. cit.* y MAURY, Jacques, *op. cit.*

...si las dificultades de conocimiento y de comprensión del Derecho extranjero son muy grandes, esto es, sin duda, una razón más para no dejar toda la carga de la prueba a las partes, para no poder abandonar la decisión de los tribunales de primera instancia frecuentemente tan faltos de recursos para darla.⁶²

¿Las nuevas tecnologías es una razón suficiente para que cambie la idea de que el Derechos extranjero debe probarse? Es indudable que, en la actualidad, obtener el texto de una ley es una tarea que puede resultar simple.⁶³

Para los defensores de la igualdad del Derecho extranjero y el nacional «actualmente el mundo es uno solo: no hay tierras ni leyes desconocidas y existen fuentes de información numerosas y eficaces que permiten al Tribunal conocer otros Derechos fuera del suyo».⁶⁴ Como ha señalado el iusprivatista brasileño Valladão:

...en realidad, una cuestión, ligada a una ley extranjera trae en su propia naturaleza la marca de la ley que la modeló, que aparece en las propias piezas que constan en el proceso y, por lo tanto, con la facilidad actual de los medios de transporte y los admirables progresos del Derecho

⁶² MAURY, Jacques, *op. cit.*, p. 51.

⁶³ «Mediante los dispositivos actuales (Internet y correo electrónico) acceder a fuentes oficiales en las cuales recabar los textos actualizados de las normas vigentes en cada país constituye una tarea que no escapa a las posibilidades de cualquier niño en edad escolar.» Cfr. GRILLO CIOCCHINI, Pablo Agustín, «Alegación y prueba del Derecho extranjero», en *Los hechos en el proceso civil*, La ley, Buenos Aires, 2003, (MORELLO, Augusto M., Director), p. 160.

⁶⁴ VALLADÃO, Haroldo Texeiro, *op. cit.*, p. 544.

comparado, sería fácilmente examinado el respectivo precepto.⁶⁵

Muchas de las opiniones aquí recogidas son anteriores a la aparición del Internet. En el siglo XXI, tal es la importancia informativa de la «carretera de la información» y tal su impacto en el ámbito de la cultura moderna que hay quien ha sostenido que el Internet

...ha tomado los atributos de Dios: en un mundo que era demasiado grande para tener una visión de conjunto, uno de auxiliaba con una paradoja religiosa, pensaba que Dios era omnisapiente. De esta manera, el mundo aparecía, en principio, cognoscible y abarcable. A la vez, se prohibía ver a Dios y representarlo. No se podía conocer lo que Él conocía, pero uno podía comunicarse con Él. En Él se almacenaba toda la información. Sin embargo, Él no tenía domicilio y su espíritu se desplegaba donde quería. Todo esto lo ha asumido Internet. En vez de comunicarnos con Dios, nos conectamos. Los curas del Arca de la Alianza de la formación cultural han encontrado un nuevo culto misterioso.⁶⁶

En México, si bien las reformas iusprivatistas de 1988 son claras en reconocer el principio de *iura novit curia*, los jueces continúan siendo omisos en aplicar oficiosamente el Derecho extranjero, exigiendo a las partes la carga de invocarlo. En nuestro concepto, nuestros jueces debieran aplicar el Derecho extranjero oficiosamente, habida cuenta de que es nuestra propia ley nacional la que ordena la aplicación de la extraña y, en ese sentido, el juez está obligado a aplicar el principio *iura novit curia*, aplicando su propia ley sin

⁶⁵ *Ibidem*, p. 550.

⁶⁶ Así lo expresó el alemán Dietrich Schwanitz, en su prólogo de: ZSCHIRNT, Christiane, *Libros. Todo lo que hay que leer*, trad. Irene Pérez Michael, Taurus, México, 2004, p. 17.

necesidad de que las partes la invoquen. Otra cosa muy distinta es la facilidad de probar la ley extranjera, pero de ello nos ocuparemos más adelante.

3. Principios de la aplicación del Derecho extranjero

3.1 Principio de la aplicación exacta del Derecho extranjero.

Las diversas legislaciones y doctrinas que aceptan la aplicación del Derecho extranjero, han sostenido el principio general de que la norma extraña debe aplicarse tal y como se aplicaría en su Estado de origen por un juez de dicho lugar.⁶⁷ Autores como Carlos Arellano García, han advertido sobre los peligros de aplicar una norma extranjera en forma distinta a la de su lugar de origen.⁶⁸ La verdad formal, según fue acreditada en juicio, resultará diversa a la verdad material del Derecho extranjero, por lo que se ha creado una nueva norma jurídica.

No basta conocer el contenido del Derecho extranjero, como señala René David al analizar el método comparativo del Derecho:

Es preciso que el jurista, al examinar el Derecho extranjero, se coloque lo más posible en la situación en que se encuentra el jurista del país estudiado. Es necesario que examine toda cuestión de Derecho extranjero recurriendo a las mismas fuentes que aquél, atribuyéndoles el mismo valor y peso que el jurista extranjero. Lo que es más difícil: hace falta compenetrarse con las ideas filosóficas, sociales,

⁶⁷ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 401.

⁶⁸ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *op. cit.*, pp. 866-867.

económicas que tienen vida en el país extranjero, o por lo menos que las tenga siempre presentes.⁶⁹

Para efectuar estudios de Derecho comparado resulta indispensable conocer el país cuyo Derecho queremos comparar con el nuestro,⁷⁰ cuanto más podemos decir que es necesario para aplicar ese Derecho como lo haría el juez de ese lugar.

El Juez nacional debe aplicar el Derecho extranjero en los mismos términos que lo haría el Juez del foro de la norma extranjera. Así las cosas, el Juez nacional debe tomar en consideración la jurisprudencia del país de que se trata para conocer el sentido exacto de su aplicación.⁷¹ Toda norma material extranjera, al ser aplicada fuera de su ámbito territorial de validez ordinario, sufre una transformación según los rasgos dominantes del ordenamiento jurídico del foro.⁷² «Sólo en casos de extremada pureza y simplicidad puede decirse con total exactitud que la norma extranjera ha sido aplicada de idéntica forma y con semejante procedimiento e igual resultado que en el caso de ser aplicada por sus tribunales.»⁷³ La norma extranjera podría haber sido interpretada contradictoriamente en el Derecho extranjero o que este subjudice la interpretación definitiva de esa norma. Otro problema surge cuando se aportaron en juicio datos sobre el texto de la norma, pero no sobre su interpretación.⁷⁴

⁶⁹ DAVID, René, *op. cit.*, p. 11.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 26-27.

⁷¹ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *op. cit.*, p. 861. El autor señala como coincidentes con su postura a Wolff y Aguilar Navarro.

⁷² Según autores como Aguilar Navarro, citado en: ARELLANO GARCÍA, Carlos, *op. cit.*, p. 862.

⁷³ Según Aguilar Navarro, citado por ARELLANO GARCÍA, Carlos, *op. cit.*, p. 862.

⁷⁴ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *op. cit.*, p. 862.

La teoría dominante, seguida por el estadounidense Ernest Rabel,⁷⁵ consiste en aplicar el Derecho extranjero como tal y, en consecuencia, se aplica «*proprio vigore*» o, como decía el propio Rabel, «*sin muletas*»⁷⁶. Existe una desigualdad procesal de trato entre el nacional y el extranjero. El riesgo de este sistema es que, cuando se aplican ciertos criterios de calificación como el *lex civilis fori* no se aplica el Derecho extranjero tal y como es, sino un híbrido resultante del Derecho nacional y el extranjero.

Dicho principio de aplicación exacta ha sido criticado en España, señalando:

El Tribunal Supremo español llega a argumentar que abandonar en manos de operadores jurídicos extranjeros la interpretación que, de la norma aplicable, debe tomar en consideración el Juez de la causa, sería como abandonar la función jurisdiccional en manos de estos operadores jurídicos, cuando es función de este Juez dirimir un conflicto de intereses mediante una decisión final que debe ser tomada por él exclusivamente en todos sus términos, como último intérprete del Derecho.⁷⁷

Sin embargo, no obstante la libertad interpretativa que deben mostrar los juzgadores frente a la ley extranjera, los jueces de recepción generalmente interpretan la norma extraña tal y como se ha interpretado en su país de origen siendo raro que emitan interpretaciones divergentes.⁷⁸

⁷⁵ *The Conflicts of Laws, a comparative Study*, 2 vols. 1945 y 1947.

⁷⁶ GOLDSCHMIDT, Werner, *Suma del Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 99 y GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 132.

⁷⁷ Según sentencia del 23 de octubre de 1992. Cfr. MASEDA RODRÍGUEZ, *loc. cit.*, p. 803.

⁷⁸ MASEDA RODRÍGUEZ, Javier, *loc. cit.*, p. 820.

La teoría del uso jurídico de Goldschmidt es similar a la teoría anglosajona llamada «*foreign court theory*», según la cual el juez, al aplicar el Derecho extranjero, debe hacerlo como si estuviere sentado en el tribunal extranjero.⁷⁹ Los jueces nacionales deben someterse «*tamquam cadaver*»⁸⁰ a la interpretación que los jueces extranjeros dan a su Derecho, aún cuando exista identidad entre el Derecho nacional y el extranjero. Es decir, existiendo igual disposición en el Derecho extranjero y en el Derecho nacional, debe aplicarse el Derecho tal y como lo haría el Juez extranjero, a pesar de que dicha interpretación fuera contraria a la nuestra.⁸¹

Tal ha sido el criterio de los juzgadores mexicanos a partir de las reformas iusprivatistas de 1988 -que analizamos en el capítulo tercero de este trabajo- como se demuestra con la siguiente tesis emitida por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en el caso *Vasarhelyi*, el 12 de junio de 2001:

DERECHO EXTRANJERO. APLICACIÓN VÁLIDA EN TERRITORIO MEXICANO.

Cuando un acto jurídico celebrado en el extranjero deba surtir efectos en territorio nacional, se debe verificar previamente la validez de tal acto como presupuesto o requisito para determinar la aplicabilidad de la legislación del lugar de ejecución y, de ser así, cuál es la ley a cuya luz debe definirse tal validez. El Estado mexicano, como parte de la comunidad internacional, tiene un sistema jurídico propio al igual que los demás Estados soberanos que lo conforman; de ahí que es innegable la multiplicidad de sistemas jurídicos locales y de normas de carácter internacional, lo que genera precisamente la distinción

⁷⁹ El origen es *Collier vs. Rivaz*, 1841; Cfr. GOLDSCHMIDT, Werner, *Suma del Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 108

⁸⁰ Igual que un cadáver.

⁸¹ GOLDSCHMIDT, Werner, op. cit., p. 144.

entre el Derecho nacional o interno, y el Derecho internacional o supranacional, atendiendo a la fuente de la cual emanan y su ámbito temporal o espacial de aplicación. Para resolver un caso concreto, debe partirse de que el órgano jurisdiccional del Estado ante quien se planteó la controversia en la que puede incidir la aplicación del Derecho sustantivo extranjero, debe ceñir su actuación a la ley de su foro, esto es, que en materia procesal, por regla general, el órgano jurisdiccional no puede estar obligado a aplicar una norma adjetiva que no está generada por su Poder Legislativo, incluyendo como parte de su Derecho interno lo dispuesto en los tratados internacionales, cuando éstos quedan incorporados a su sistema positivo vigente, mientras no se cuestione su vigencia y constitucionalidad y se declare por cosa juzgada su inaplicabilidad, a través del medio de control constitucional correspondiente. Asimismo, el órgano jurisdiccional debe atender en lo sustantivo a la existencia de normas de carácter internacional que por virtud de su mecanismo constitucional o legal correspondiente hayan quedado incorporadas a su sistema jurídico interno y a las normas específicas que existan para establecer en un caso dado, cuál es la norma aplicable para regir el acto jurídico materia de la controversia, de modo que no puede decidirse en forma general y absoluta que el Derecho sustantivo extranjero no pueda aplicarse por órgano jurisdiccional nacional, puesto que en México existen normas de carácter federal, como lo es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sus artículos 14 y 133, y los artículos 12 y 13 del Código Civil Federal, que dan supuestos concretos de solución que deben ser atendidos para resolver en forma fundada y motivada una cuestión de esta naturaleza y, por ende, si cabe o no la aplicación del Derecho sustantivo extranjero. Y

en tal caso, debe resolver la controversia sometida a su jurisdicción, como lo haría el tribunal extranjero.⁸²

Como lo hemos venido señalando, la ley mexicana establece en los artículos 284 bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles, que el tribunal aplicará el Derecho extranjero como se haría en el estado de origen.

3.2 Principio de integridad del Derecho extranjero.

Cuando una ley nacional ordena la aplicación del Derecho extranjero debe entenderse que ordena la aplicación de *todo* ese Derecho, incluyendo su Derecho escrito, consuetudinario y la jurisprudencia, aún cuando esta última no sea una fuente formal del Derecho en el sistema jurídico a que pertenezca el Derecho extranjero a aplicarse.⁸³

El juez debe aplicar la ley extranjera conforme lo hace el juez extranjero y, en consecuencia, debe tomar en cuenta la interpretación que en el Estado de origen se presta a la ley aplicable.⁸⁴ Siendo la jurisprudencia una fuente del Derecho positivo, debe considerarse la interpretación que de la misma hace el juez de origen.

Dicho principio fue consagrado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en los asuntos *Emprunts Serbes y Brasiliensl*,⁸⁵ ambos del 12 de junio de 1929, cuando estimó que «el Derecho francés está constituido, en

⁸² Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XIV, Septiembre de 2001, Tesis I.3o.C.260 C, p. 1311.

⁸³ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 401.

⁸⁴ WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 206.

⁸⁵ MASEDA RODRÍGUEZ, Javier, *loc. cit.*, p. 813.

realidad, por las leyes francesas, tal y como son aplicadas en Francia»⁸⁶ y que «no hay que atribuir a la ley nacional un sentido distinto del que le atribuye dicha jurisprudencia.»⁸⁷ Además, señalaba:

...la Corte Permanente de Justicia Internacional debe tener en cuenta la jurisprudencia nacional, ya que es por la ayuda de ésta por la que puede determinarse cuáles son verdaderamente las normas que, de hecho, son aplicadas en el país cuyo Derecho es el aplicable al caso.⁸⁸

Aún en el caso en que una misma disposición legal ha continuado rigiendo en diversos países en caso de una sucesión de Estados, pero a dicha disposición se han otorgado interpretaciones jurisprudenciales distintas en los Estados sucesores, debe el juez aplicar la interpretación jurisprudencial del país cuya norma resulta aplicable conforme a su Derecho internacional privado.⁸⁹

Arellano coincide con Miaja de la Muela y Aguilar Navarro en el sentido de que cuando la norma nacional establece que debe aplicarse la ley material extranjera, ésta debe ser no solo las reglas jurídicas que tengan la categoría formal de leyes en el país de origen, sino también el resto del Derecho escrito, el consuetudinario y la jurisprudencia. Se aplica el Derecho extranjero con absoluta amplitud y generalidad.⁹⁰

⁸⁶ *Journal de droit international*, 1929, 977, pp. 1006-1007; Cfr. MAURY, Jacques, *op. cit.*, p. 51.

⁸⁷ RIGAUX, François, *op. cit.*, p. 337.

⁸⁸ MASEDA RODRÍGUEZ, Javier, *loc. cit.*, p. 813.

⁸⁹ RIGAUX, François, *op. cit.*, p. 337. El autor ejemplifica el caso con la secesión franco-belga, en donde existía en ambos países una misma disposición referente a la validez del testamento ológrafo, pero una diversa interpretación jurisprudencial en ambos países.

⁹⁰ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *op. cit.*, pp. 859-860.

Algunos problemas que pueden surgir en la práctica respecto a la valoración de la jurisprudencia extranjera se presentan cuando no existe jurisprudencia firme del más alto tribunal extranjero, pero sí de sentencias contradictorias de los inferiores, en cuyo caso el juez de recepción puede decidirse por una de las interpretaciones que los tribunales inferiores han dado a la cuestión o emitir libremente su propia interpretación. Lo mismo sucede cuando no existe interpretación jurisprudencial en absoluto sobre el tema.⁹¹

Por lo que toca a la ley mexicana, el principio de integridad del Derecho extranjero se encuentra plasmado en los artículos 284 bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles, al establecerse que el tribunal aplicará el Derecho extranjero como se haría en el estado de origen y que el juez puede ordenar el desahogo de las pruebas que estime necesarias para informarse sobre el texto, vigencia, sentido y alcance de la norma extraña. Con ello se demuestra que, en México, existe la obligación a cargo del juzgador de allegarse no solo el texto y contenido de la norma extraña, sino también los medios para su debida interpretación.

El principio de integridad del Derecho extranjero era reconocido en nuestro orden jurídico desde los tiempos del territorialismo absoluto, como se demuestra con la siguiente tesis dictada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el caso *Gatouillat*, el 22 de abril de 1955:

MATRIMONIO CELEBRADO EN EL EXTRANJERO,
REGIMEN DE BIENES DEL (CODIGO CIVIL FRANCES).

El artículo 1400 del Código Civil Francés dice que la comunidad de bienes se establecen por la declaración de que se contrae el matrimonio bajo el régimen de comunidad y que en caso de que no haya contrato de los consortes sobre el particular, se considerará sometido a ese régimen de comunidad pero es indudable que de tal precepto único

⁹¹ MASEDA RODRÍGUEZ, Javier, *loc. cit.*, p. 819.

y aislado no puede tenerse por probado el Derecho extranjero conforme al cual se contrajo matrimonio, ni menos puede tenerse por acreditada la aplicación de un régimen determinado sobre los bienes matrimoniales con el solo conocimiento de ese artículo, ni con base en el texto de ese solo precepto se puede conocer la compleja institución extranjera de bienes matrimoniales. Además, de la simple mención en el acta de matrimonio respectivo, en el sentido de que los esposos no declararon cuál debía ser el régimen de sus bienes, y del solo texto del mencionado artículo 1400, no puede tenerse por probada la institución del Derecho extranjero en cuanto al régimen de bienes del matrimonio.⁹²

Tal es el caso de la siguiente tesis, dictada por la extinta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el caso *Bringas*, el 25 de febrero de 1937:

EXTRANJEROS EN FRANCIA, DOMICILIO DE LOS.

Aun suponiendo que conforme a la ley francesa, el extranjero no puede adquirir un verdadero domicilio, sino a virtud de una autorización especial del Gobierno de Francia, debe tenerse en cuenta que la doctrina y la jurisprudencia francesa admiten que los extranjeros pueden tener su domicilio, de hecho, en esa nación, y que, en relación con este domicilio, se producen los mismos efectos jurídicos que pueden derivarse del domicilio legal.⁹³

⁹² Quinta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, CXXIV, p. 358.

⁹³ Quinta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, LI, p. 1609.

Desde luego, puede suceder que el juzgador considere suficientemente probado el Derecho extranjero y obvie recibir mayores elementos probatorios de las partes o terceros, especialmente jurisprudencia, cuando estime que existe suficiente claridad gramatical, literal o lógica en la norma extraña.⁹⁴

3.3 Principio de jerarquía del Derecho extranjero.

El juez de recepción tiene la obligación de analizar si el Derecho extranjero no atenta en contra de sus normas nacionales de orden público, como lo son las constitucionales, lo cual constituye una de las excepciones reconocidas en cuanto a la aplicación de la ley extranjera. La norma extraña no será aplicada cuando atente en contra de la constitución del país de recepción.

El principio que en este apartado analizamos se refiere a que el Estado receptor del Derecho extranjero debe atender a la jerarquía que las propias normas guarden en el sistema legal al que pertenece el Derecho de importación. Sería un error que el Juez de recepción aplicara el Derecho extranjero conforme a las reglas de jerarquía del estado de recepción, pues desnaturalizaría el Derecho extranjero. Así las cosas, el juez de recepción deberá aplicar el Derecho extranjero con el mismo nivel de jerarquía que este tiene en su Estado de origen. Podría presentarse el caso de que en el Estado de origen el Derecho escrito, jurisprudencial y consuetudinario, pudiesen tener una jerarquía distinta entre ellos del que la tienen en la ley del foro. Lo mismo puede suceder entre las diversas normas dependiendo si son reglamentos, leyes estatales o federales, constitucionales y tratados internacionales.⁹⁵

Entonces, cuando se aplica el Derecho extranjero debe de cuidarse se aplique la norma que la propia ley extraña determine aplicable conforme a su sistema de jerarquía de las normas. Un problema práctico se presenta cuando la norma que, en primer término resulta aplicable, es contraria a la constitución

⁹⁴ MASEDA RODRÍGUEZ, Javier, *loc. cit.*, pp. 819-820.

⁹⁵ VALLADÃO, Haroldo Texeiro, *op. cit.*, p. 553.

del Estado de origen. Al respecto se ha sostenido que si el Estado de origen a declarado inconstitucional esa norma, es suficiente para que la misma pierda aplicación, pero cuando no existe esa declaración, los tratadistas se han preguntado si el Juez nacional del estado de recepción de la norma extranjera tiene facultades para hacer la declaración de inconstitucionalidad de la norma extranjera. Inconstitucionalidad que debiera declararse tomando como referente la propia constitución extranjera.⁹⁶

En el caso de la constitucionalidad de las leyes la situación se complica, pues diversos autores han discutido sobre si el juez de recepción debe y puede analizar la constitucionalidad de la ley extranjera de importación, esto en relación a la Constitución del Estado de origen. Se ha discutido si dicha revisión de constitucionalidad puede hacerla el juez de recepción incluso antes de que en el Estado de origen hubiese sido declarada inconstitucional o aún cuando en el Estado de origen no existiera órgano jurisdiccional competente para declararla inconstitucional. Miaja de la Muela señaló que el juez del país de recepción debe proceder como lo haría el juez del Estado de origen.⁹⁷

Un problema señalado en esta hipótesis, es cuando el juez del Estado de origen, conforme a su ley nacional (aplicada ahora por el juez de recepción), debiera suspender el procedimiento y acudir a un Tribunal constitucional. Se ha dicho que, bajo ese supuesto y ante la imposibilidad de acudir a un tribunal de control de constitucionalidad a resolver el problema, se debe prescindir del análisis de la constitucionalidad de la ley y aplicarla tal y como se encuentra promulgada.⁹⁸

En nuestro concepto la solución antes dicha es válida, pero no su justificación. Las cuestiones de constitucionalidad de una ley deben ser analizadas por el propio órgano de control de constitucionalidad que la misma

⁹⁶ Según autores como Miaja de la Muela, Aguilar Navarro y el propio Arellano García, cfr. ARELLANO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 860-861.

⁹⁷ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 402.

⁹⁸ *Idem.*

constitución violada establece. De tal suerte, no es posible sostener que un juez que pertenece a un sistema jurídico diverso al creado por la constitución de otro Estado pueda válidamente sostener la constitucionalidad de una ley. En nuestro concepto el juez no debe pronunciarse nunca acerca de la constitucionalidad de una ley extranjera, a menos que dicha ley hubiese sido declarada inconstitucional por el órgano competente para hacerlo en aquél Estado y que dicha declaración de inconstitucionalidad pueda ser aplicada al caso concreto conforme a la ley del Estado de origen.

Tal ha sido el criterio de los juzgadores mexicanos como se demuestra con la siguiente tesis emitida por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en el caso *Vasarhelyi*, el 12 de junio de 2001, en donde el Tribunal sostuvo que la declaración de inconstitucionalidad de una ley debe hacerla el órgano que corresponda :

DERECHO EXTRANJERO. APLICACIÓN VÁLIDA EN TERRITORIO MEXICANO.

Cuando un acto jurídico celebrado en el extranjero deba surtir efectos en territorio nacional, se debe verificar previamente la validez de tal acto como presupuesto o requisito para determinar la aplicabilidad de la legislación del lugar de ejecución y, de ser así, cuál es la ley a cuya luz debe definirse tal validez. El Estado mexicano, como parte de la comunidad internacional, tiene un sistema jurídico propio al igual que los demás Estados soberanos que lo conforman; de ahí que es innegable la multiplicidad de sistemas jurídicos locales y de normas de carácter internacional, lo que genera precisamente la distinción entre el Derecho nacional o interno, y el Derecho internacional o supranacional, atendiendo a la fuente de la cual emanan y su ámbito temporal o espacial de aplicación. Para resolver un caso concreto, debe partirse de que el órgano jurisdiccional del Estado ante quien se planteó la controversia en la que puede incidir la aplicación del

Derecho sustantivo extranjero, debe ceñir su actuación a la ley de su foro, esto es, que en materia procesal, por regla general, el órgano jurisdiccional no puede estar obligado a aplicar una norma adjetiva que no está generada por su Poder Legislativo, incluyendo como parte de su Derecho interno lo dispuesto en los tratados internacionales, cuando éstos quedan incorporados a su sistema positivo vigente, mientras no se cuestione su vigencia y constitucionalidad y se declare por cosa juzgada su inaplicabilidad, a través del medio de control constitucional correspondiente.⁹⁹

Asimismo, el órgano jurisdiccional debe atender en lo sustantivo a la existencia de normas de carácter internacional que por virtud de su mecanismo constitucional o legal correspondiente hayan quedado incorporadas a su sistema jurídico interno y a las normas específicas que existan para establecer en un caso dado, cuál es la norma aplicable para regir el acto jurídico materia de la controversia, de modo que no puede decidirse en forma general y absoluta que el Derecho sustantivo extranjero no pueda aplicarse por órgano jurisdiccional nacional, puesto que en México existen normas de carácter federal, como lo es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sus artículos 14 y 133, y los artículos 12 y 13 del Código Civil Federal, que dan supuestos concretos de solución que deben ser atendidos para resolver en forma fundada y motivada una cuestión de esta naturaleza y, por ende, si cabe o no la aplicación del Derecho sustantivo extranjero. Y en tal caso, debe resolver la controversia sometida a su jurisdicción, como lo haría el tribunal extranjero.¹⁰⁰

⁹⁹ El subrayado es nuestro.

¹⁰⁰ Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XIV, Septiembre de 2001, Tesis I.3o.C.260 C, p. 1311.

3.4 Principio de vigencia temporal del Derecho extranjero.

El Derecho a aplicarse deberá ser el vigente, pues aplicar una ley derogada es igual a no aplicarla, considerándose que se comete una injusticia al hacer esto último. Escrupulosos deben ser los abogados y jueces que pretendan alegar o aplicar la ley extraña, a fin de determinar cual es el Derecho vigente aplicable, debido a que las propias leyes del Estado de origen de la norma extraña pueden establecer las reglas para determinar cual será el Derecho vigente a aplicar en un caso concreto. Tal es el caso, por ejemplo, de las disposiciones transitorias que se contienen en las leyes.

Puede presentarse el caso de que las partes invoquen la aplicación de dos leyes extranjeras con ámbito de validez temporal diverso, en cuyo caso debe decidirse si el Juez aplica sus reglas de vigencia intertemporal o las del país cuya legislación debe aplicarse.

La opinión de los tratadistas ha sido que el juez debe aplicar las reglas de vigencia del Estado de origen de la ley extranjera, pues la doctrina se ha inclinado porque el juez aplique las normas del estado de origen tal y como lo harían sus jueces.¹⁰¹ Tal es el caso de la legislación italiana que, en el artículo 15 de la *Ley de Reforma del Derecho Internacional Privado* de 1995 señala que las normas extranjeras «...serán aplicadas según sus propios criterios de interpretación y aplicación en el tiempo...»¹⁰²

Arellano, al igual que Wolff y Miaja de la Muela señala que el Derecho extranjero a aplicarse será el Derecho vigente, siendo siempre conveniente que el juzgador verifique esa vigencia.¹⁰³

¹⁰¹ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 402; VALLADÃO, Haroldo Texeiro, *op. cit.*, p. 553.

¹⁰² MASEDA RODRÍGUEZ, Javier, *loc. cit.*, p. 808.

¹⁰³ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *op. cit.*, p. 860.

Nuestra legislación impone implícitamente, en los artículos 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles y 284 bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que el juzgador deberá aplicar la legislación extranjera vigente, habida cuenta de que debe acreditarse la vigencia de la ley extraña. En nuestro concepto nada obsta para el legislador aplique la ley extraña vigente que corresponda conforme al propio Derecho extraño.

3.5 Principios de vigencia espacial y personal del Derecho extranjero.

Cuando resulten aplicables diversas leyes en el país de origen del Derecho extranjero, creándose conflictos de carácter estatal, provincial, cantonal, regional, zonal, religioso, racial o tribal, al depender de la nacionalidad, naturalidad, origen, domicilio, vecindad, religión o territorio de los individuos, deberán aplicarse las propias normas del Estado de donde provenga la ley extranjera, a fin de que pueda ser resuelto el conflicto derivado de la pluralidad legislativa en cuestión.¹⁰⁴

Dicho principio fue establecido por el Instituto de Derecho Internacional en la llamada *Resolución de Oxford* de 1880, al establecer: «En los casos en que diferentes leyes coexisten en el mismo Estado, las cuestiones relativas al estado y a la capacidad de las personas serán decididas de acuerdo con el Derecho interno de ese Estado.»¹⁰⁵

Por regla general, las normas que dirimen conflictos interestatales o interprovinciales, son las mismas, *mutatis mutandis*, previstas para resolver los conflictos internacionales surgidos en ese mismo Estado.¹⁰⁶

¹⁰⁴ VALLADÃO, Haroldo Texeiro, *op. cit.*, p. 551.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 552.

¹⁰⁶ *Idem*.

Puede suceder que nuestra norma de conflicto señale la aplicación de una norma extranjera en cuya legislación nacional existen diversas legislaciones regionales o provinciales, de tal suerte que tendremos que recurrir a la norma de conflicto de ese país para resolver el problema interprovincial de normas.¹⁰⁷ Casos como el señalado los encontramos, con relativa facilidad en países como España o Canadá.

Siguiendo la doctrina del uso jurídico, debido a que el juez del país de recepción debe actuar como lo haría el juez de origen, puede darse el caso de que el juez de origen debiera suspender su jurisdicción y plantear la cuestión relativa al conflicto de normas a un órgano superior de su propio Estado. En nuestro concepto, cuando decimos que el juez de recepción debe aplicar la ley extranjera como lo haría el juez de origen, nos referimos a que debe hacerlo en relación a las normas sustantivas y no de procedimiento. Así las cosas, el juez de recepción deberá resolver la cuestión conforme a sus propias leyes procesales, aplicando las normas sustantivas del país de origen del Derecho extranjero.

Puede también suceder que el Derecho extranjero contenga las llamadas «reglas internas especialmente condicionadas»,¹⁰⁸ que son excepcionalísimas y constituyen «casos en que cierto texto contiene una disposición, que limita su eficacia espacial o personal a hechos ocurridos en el territorio o en el exterior, a nacionales o extranjeros.»¹⁰⁹ Se trata de normas que derogan a las generales del Derecho internacional privado, pues dirimen directamente la cuestión de que se trata.

¹⁰⁷ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *op. cit.*, p. 863.

¹⁰⁸ Llamadas en inglés «*spatially conditioned internal rules*» y en italiano «*leggi e norme con apposita de'imitazione della sfera di efficacia*».

¹⁰⁹ VALLADÃO, Haroldo Texeiro, *op. cit.*, p. 556.

4. Medios de prueba del Derecho extranjero.

Señala la teoría del uso jurídico que, independientemente de cual sea la teoría que se quiera aplicar para justificar la aplicación del Derecho extranjero, siempre existirá en un proceso civil el principio dispositivo del proceso, en donde las partes están obligadas a alegar y a probar, y el principio de oficialidad, en donde el juez debe considerar los hechos *ex officio*, como por ejemplo los hechos notorios.

Lo cierto es que en la actualidad continúa existiendo un desorden manifiesto en la prueba del Derecho extranjero. Lo advirtió Niboyet desde mediados del siglo XX:

Hay, evidentemente, una cierta e importante contradicción en afirmar, de una parte, el carácter imperativo de la regla de solución de los conflictos de ley, y aceptar, de otra parte, un régimen desordenado, a la vez que empírico, de investigar el contenido de la ley extranjera, y aplicable, no obstante, obligatoriamente.¹¹⁰

La pregunta en este sentido es si las nuevas tecnologías del siglo XXI, como la Internet, pueden facilitar la prueba del Derecho extranjero. En nuestro concepto no es así. Si bien la Internet cuenta con una cantidad de información inimaginable, también es cierto que las fuentes de la información no pueden considerarse, *prima facie*, como exactas. En consecuencia, las formas tradicionales de prueba del Derecho extranjero toman importancia al ser las más seguras y confiables, entre las conocidas.

En nuestro concepto, debiera crearse en cada país un órgano auxiliar de la judicatura que coadyuvara con los juzgadores en la investigación del texto, sentido y vigencia de las normas extranjeras. En el caso de México, estamos

¹¹⁰ Cfr. NIBOYET, Jean Paul, *Traité de droit international privé français*, t. III, 1944, pp. 429, 604, citado en DAVID, René, *op. cit.*, p. 57.

proponiendo la creación de un «Instituto Federal de Especialistas de Derecho Internacional Privado y Comparado (IFEDIP)» para tal efecto, el cual estaría a cargo de desahogar consultas formuladas por el Poder Judicial respecto de la aplicación del Derecho extranjero, entre otras funciones.¹¹¹

4.1 Prueba documental pública: Informes oficiales de funcionarios extranjeros.

Señala Goldschmidt que la mejor manera de acreditar el Derecho extranjero en el proceso es solicitar al Juez extranjero, mediante el procedimiento que corresponda según la cooperación procesal internacional, que dilucide directamente la cuestión atinente a la aplicación del Derecho extranjero, en cuyo caso el Juez nacional quedaría vinculado por la información del juez exhortado.¹¹²

En nuestro concepto no se puede declinar jurisdicción a un juez extranjero a pesar de que deba aplicarse Derecho sustantivo extranjero. En ese sentido se estaría cometiendo un fraude a la propia ley nacional, pues si esta estableció que el litigio se dilucidara ante el Juez nacional, el que este decline su jurisdicción a favor del Juez extranjero es violentar su propia ley.

En todo caso, es posible el que un juez extranjero pudiese emitir una opinión abstracta ante el planteamiento de un problema, pero siendo en todo caso el propio juez nacional el que efectúe la valoración final de la prueba. Pero aquí pueden surgir diversos problemas:

- a) Que el juez extranjero sea incompetente, conforme a su propia legislación, para emitir opinión sobre el particular.

¹¹¹ Véase *infra* apartado 4.8 Instituciones públicas y asociaciones profesionales, en donde desarrollamos dicha propuesta.

¹¹² GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 512.

- b) Que el juez extranjero, siendo competente, conforme a su ley, no cuente con las facultades suficientes para dilucidar una cuestión que se encuentra sometida a la competencia de un juez de otra jurisdicción.

Los jueces ingleses no pueden solicitar informes judiciales sobre el Derecho extranjero, quedando la carga de la prueba e investigación de este a cargo de las partes.¹¹³ En el caso de los jueces estadounidenses, estos si pueden hacer uso de informes judiciales.¹¹⁴ En la Argentina, también ha sido aceptado que se recaben informes de instituciones o entidades de Derecho internacional.¹¹⁵

El Instituto de Derecho Internacional, en su reunión de Hamburgo de 1891, ya proponía que los Estados pusieran en práctica el que sus jueces, apenas se determinara la necesidad de aplicar Derecho extranjero, giraran cartas rogatorias a los ministerios de justicia del Estado de origen de la ley a aplicarse a fin de que se informara sobre la existencia y texto de las leyes, pero absteniéndose de todo informe sobre cuestiones de hecho.¹¹⁶

Respecto de los informes o cuestionarios al extranjero, han sido criticados señalando:

No podéis en realidad hacer preguntas a un jurista extranjero como deberían plateársele si no sabéis ya algo sobre las ideas generales y los métodos de su sistema de Derecho. Si le proponéis las cuestiones como se las plantearíais a un jurista de vuestro propio país, es muy probable que no comprenda nada de lo que le preguntáis.

¹¹³ WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 209.

¹¹⁴ *Ibidem*, pp. 209-211.

¹¹⁵ DE SANTO, Víctor, *La prueba judicial: teoría y práctica*, 2ª edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994, p. 66.

¹¹⁶ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 420.

Si es una persona muy inteligente podrá darse cuenta de que no os comprende, y será posible una explicación mutua; pero si tiene una instrucción media interpretará vuestras preguntas según su propio modo de pensar, y os dará una respuesta muy adecuada para induciros a error. Y cuanto más exacta sea su respuesta, considerada según su sistema jurídico, menos probabilidades hay de que sea satisfactoria considerada según el vuestro.¹¹⁷

Lo mismo decir del entorno social del jurista extranjero:

Ningún Código de leyes, ninguna colección sistemática del Derecho de una época o de un pueblo cualquiera podrán ser comprendidos sin conocer las condiciones reales de ese pueblo y de esa época. Sólo la vida nos enseña la razón de la existencia de las normas del Derecho, su significación, y nos hace conocer los obstáculos o las ayudas que su eficacia encuentra en las circunstancias de la vida.¹¹⁸

4.2 Prueba documental pública. Informes diplomáticos o consulares

A la prueba que, hasta hace algunos años se otorgaba mayor valor era la de los informes consulares, consistente en el informe que sobre la vigencia y contenido de una ley emitía un funcionario consular del Estado de recepción, acreditado ante el estado de origen.¹¹⁹ Se ha dicho que dichos funcionarios son

¹¹⁷ Sir Frederick Pollock, citado en GUTTERIDGE, *Comparative Law*, 1949, p. 49, citado a su vez en DAVID, René, *op. cit.*, pp. 16-17.

¹¹⁸ IHERING, *L'éspirit du droit Romaní*, trad. Meulenaere, t. I, p. 50, citado en DAVID, René, *op. cit.*, p. 17.

¹¹⁹ Prueba que es común en España. Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, José y BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe, *op. cit.*, p. 40.

el mejor medio para informarse de la autenticidad, vigencia y sentido de las leyes extranjeras.¹²⁰

Una de las formas más comunes de probar el Derecho extranjero, en cuanto a su contenido ha sido la exhibición de las publicaciones oficiales en donde se encuentre el contenido de la ley que se desea probar. Dicha documental debe ser complementada, para acreditar su vigencia, con la certificación de funcionarios del Estado de origen, generalmente funcionarios consulares o diplomáticos.¹²¹ Diferimos de dicha creencia. En ocasiones los cónsules y diplomáticos no son abogados y no tienen, siquiera ellos, la certeza de que sus informes sean acordes al verdadero sentido de la ley.

Por ello, el Código de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante de 1928, señalaba que los informes, si bien serían transmitidos vía diplomática, debían ser rendidos por el propio poder judicial del Estado de origen:

Artículo 410. A falta de prueba o si el juez o el tribunal por cualquier razón lo estimaren insuficiente, podrán solicitar de oficio, antes de resolver, por la vía diplomática, que el Estado de cuya legislación se trate proporcione un informe sobre el texto, vigencia y sentido del Derecho aplicable.¹²²

Artículo 411. Cada Estado contratante se obliga a suministrar a los otros, en el más breve plazo posible, la información a que el artículo anterior se refiere y que deberá proceder de su tribunal supremo o de cualquiera de

¹²⁰ DE SANTO, Víctor, *op. cit.*, p. 66.

¹²¹ *Ibidem.*

¹²² Convención sobre Derecho internacional privado (Código Bustamante) en www.gobiernoenlinea.ve/docMgr/sharedfiles/codigobustamante.pdf, al 30 de marzo de 2007.

sus salas o secciones, o del ministerio fiscal, o de la secretaría o Ministerio de Justicia.¹²³

En Brasil, este tipo de pruebas, «consultas a consulados o legaciones extranjeras», no han dado resultado.¹²⁴ En el foro argentino, el Derecho extranjero se ha probado por informes diplomáticos o consulares del país de origen, que por lo general consiste en una copia legalizada del texto legal.¹²⁵

En México, no bastan los informes consulares o de legaciones extranjeras para tener por acreditado el Derecho extranjero, como lo señaló la extinta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las siguientes tesis, emitidas en el asunto *Gatouillat*, el 22 de abril de 1955:

LEYES EXTRANJERAS, COMPROBACION DE LAS.

El que funda su derecho en leyes extranjeras debe probar la existencia de éstas y que son aplicables al caso; la comprobación de la existencia de la ley extranjera debe hacerse no necesariamente mediante la exhibición del código o del ejemplar que la contenga, pues basta que se compruebe de un modo auténtico el texto de la ley en que se apoya el Derecho controvertido, y es incuestionable que se comprueba de modo auténtico la existencia de la ley extranjera con el informe que sobre el particular rinda la Secretaría de Relaciones Exteriores, pero también debe comprobarse además de la existencia de la ley, que ésta es la aplicable al caso, y si para ello sólo se aducen como pruebas las informaciones de la legación del país de cuya ley se trata y del consulado del mismo en México, tales informes no podrán ser considerados sino como una

¹²³ *Idem.*

¹²⁴ VALLADÃO, Haroldo Texeiro, *op. cit.*, p. 549.

¹²⁵ GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado, op. cit.*, p. 507.

opinión, sin duda respetable, pero no con valor probatorio indudable.¹²⁶

DERECHO EXTRANJERO, COMPROBACION DEL.

El oficio de un cónsul extranjero que contiene la traducción del texto de determinado artículo de una ley de su país, no puede ser considerado como instrumento público, desde el momento en que no está expedido por funcionario mexicano, ni lo que certifica consta en archivo público de alguna institución en la República. Para que hagan fe en la República los instrumentos públicos procedentes del extranjero, deberán presentarse debidamente legalizados por las autoridades diplomáticas y consulares, en los términos que establezcan las leyes relativas, y es claro que esas autoridades diplomáticas o consulares deben ser las mexicanas en el país de procedencia de los documentos, lo que no ocurre en el caso.¹²⁷

4.3 Prueba confesional.

En las jurisdicciones donde la ley extranjera se asimila a un hecho, si la parte contraria a quién alega el Derecho extranjero reconoce expresamente su existencia, dicha ley deberá de considerarse probada en atención al adagio de que «a confesión de parte relevo de prueba».¹²⁸ Pero ¿realmente puede dejarse al arbitrio de las partes el establecer el contenido de las leyes extranjeras? Nosotros consideramos que no, pues si la norma extranjera fuera deficientemente invocada por las partes, estas estarían creando su propia

¹²⁶ Quinta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, CXXIV, p. 358.

¹²⁷ *Idem.*

¹²⁸ Esta teoría es aceptada en Argentina Cfr. DE SANTO, Víctor, *op. cit.*, p. 65.

norma jurídica, lo cual estaría a su vez desvirtuando el contenido del Derecho extranjero y por tanto la ley nacional.

Se ha dicho que, ante el desahogo de la prueba confesional para tratar de acreditar el contenido, vigencia y sentido de la ley extranjera, el juez debe apreciar el elemento de convicción que pueda sacar de su contenido, es decir, debe valorar la prueba en forma libre.¹²⁹

Además, la prueba confesional tiene el objeto de que la parte absolvente declare sobre hechos propios, no sobre cuestiones de Derecho que corresponden resolver al Juez. Así las cosas, consideramos que la prueba confesional no es la idónea para probar el Derecho extranjero, como lo ha sostenido, refiriéndose al Derecho nacional, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito el 16 de abril de 2004:

CONFESIÓN. NO ES FACTIBLE CONSIDERAR CON TAL CARÁCTER LAS MANIFESTACIONES DE LAS PARTES RELATIVAS A CUESTIONES DE DERECHO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO).

En un juicio en que se demandó el cumplimiento de un contrato de compraventa, si el demandado reconvino al actor por la prescripción negativa, y éste, al contestar la reconvencción, manifiesta su conformidad, tal manifestación no tiene como consecuencia directa y necesaria la actualización de esa figura jurídica, pues dicha cuestión constituye un aspecto de Derecho que toca al juzgador examinar con base en las actuaciones del juicio, y lo previsto en la ley sustantiva civil, con independencia de las manifestaciones que al respecto hagan valer las partes, pues no debe perderse de vista que las partes no pueden «confesar» el Derecho, dado que la confesión sólo puede

¹²⁹ Según lo sostuvo MORELLI, *Derecho procesal civil internacional*, Buenos Aires, 1953, p. 58. Citado en MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 417.

referirse a hechos, en términos del artículo 274 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Jalisco, sobre todo porque la determinación del Derecho corresponde al juzgador, conforme a las máximas latinas *da mihi factum, dabo tibi ius* (dame los hechos, que yo te daré el Derecho) y *iura novit curia* (el tribunal es el que conoce el Derecho).¹³⁰

4.4 Doctrina.

La doctrina, plasmada en obras jurídicas, ha sido también utilizada, pero para probar el sentido de la ley más que su texto y vigencia.¹³¹ Es vastísima y antigua la doctrina, por lo que no es un medio fiable, a menos que se tenga conocimiento pleno de la vigencia de las opiniones doctrinales ofrecidas.

En Brasil es «costumbre aceptar publicaciones jurídicas extranjeras meritorias» como prueba de Derecho extranjero.¹³² En el foro argentino, el Derecho extranjero se ha probado por citas de obras jurídicas conocidas.¹³³ En Inglaterra, la doctrina ha sido considerada judicialmente como una fuente para conocer la ley extraña.¹³⁴

Se han señalado como problemas en el verdadero conocimiento del Derecho,¹³⁵ además del desconocimiento de la realidad social de ese lugar, la

¹³⁰ Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XX, Noviembre de 2004, Tesis III.2o.C.82 C, p. 1941.

¹³¹ DE SANTO, Víctor, *op. cit.*, p. 66.

¹³² VALLADÃO, Haroldo Texeiro, *op. cit.*, p. 549.

¹³³ GOLDSCHMIDT, Werner, *op. cit.*, p. 507.

¹³⁴ MARKESINIS, Basil S., «Foreign law and foreign ideas in the English courts. The contemporary English contribution to the use of foreign law and comparative methodology», *loc. cit.*, p. 376.

¹³⁵ DAVID, René, *op. cit.*, pp. 27 y ss.

falta de existencia de obras dirigidas a juristas extranjeros que sirvan de introducción al estudio del propio Derecho, pues los juristas escriben sus obras para un público que conoce la sociedad en que ellos se desenvuelven. Una razón por la que resulta insuficiente la doctrina para

...revelarnos la fisonomía real de un Derecho, es que el Derecho, como toda ciencia, tiende siempre a un cierto esoterismo, bajo el doble efecto de la rutina y la tradición. Ciertas afirmaciones se reproducen en las obras por ser tradicionales o porque parecen conformes a un texto legal que se impone, cuando no se corresponden más que muy imperfectamente con la realidad.¹³⁶

En el caso del Derecho mexicano podemos citar la existencia de un libro que está escrito especialmente para juristas extranjeros. Tal es el caso del libro *Mexican Law*,¹³⁷ escrito por Leonel Pereznieto Castro –profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México y miembro de número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado-, José Ramón Cossío Díaz –Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México-, Stephen Zamora –Profesor de la Universidad de Houston- José Roldán Xopa –profesor del Instituto Tecnológico Autónomo de México- y David López –abogado de Texas-.

Desde los tiempos del territorialismo absoluto, los tribunales mexicanos admitían el uso de la doctrina para demostrar el Derecho extranjero. Tal es el caso de la siguiente tesis, dictada por la extinta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el caso *Bringas*, el 25 de febrero de 1937:

¹³⁶ *Ibidem*, pp. 28-29.

¹³⁷ PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *et al.*, *Mexican Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2004, 724 pp.

EXTRANJEROS EN FRANCIA, DOMICILIO DE LOS.

Aun suponiendo que conforme a la ley francesa, el extranjero no puede adquirir un verdadero domicilio, sino a virtud de una autorización especial del Gobierno de Francia, debe tenerse en cuenta que la doctrina y la jurisprudencia francesa admiten que los extranjeros pueden tener su domicilio, de hecho, en esa nación, y que, en relación con este domicilio, se producen los mismos efectos jurídicos que pueden derivarse del domicilio legal.¹³⁸

Incluso, a pesar del territorialismo que caracterizaba al México de esos años, nuestros juzgadores admitían la aplicación de la doctrina extranjera para fundamentar, no solo los casos en que debiera aplicarse una ley extraña, sino también para apoyar cuestiones de Derecho nacional. Tal es el caso de la siguiente tesis, dictada por la extinta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el caso *Zugarramurdi*, del 26 de agosto de 1939:

DOCTRINA EXTRANJERA, APLICACION DE LA.

La aplicación de una doctrina extranjera para resolver un caso, no es violatoria de garantías si la sentencia se funda en leyes nacionales expresamente aplicables al mismo.¹³⁹

Si bien la doctrina puede ser invocada en México como apoyo a las argumentaciones sostenidas ante un juzgador, su valor probatorio es limitado, como lo sostuvo la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en una tesis dictada el 17 de abril de 2001:

¹³⁸ Quinta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, LI, p. 1609.

¹³⁹ Quinta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, LXI, p. 3543.

DOCTRINA. PUEDE ACUDIRSE A ELLA COMO ELEMENTO DE ANÁLISIS Y APOYO EN LA FORMULACIÓN DE SENTENCIAS, CON LA CONDICIÓN DE ATENDER, OBJETIVA Y RACIONALMENTE, A SUS ARGUMENTACIONES JURÍDICAS.

En el sistema jurídico mexicano por regla general, no se reconoce formalmente que la doctrina pueda servir de sustento de una sentencia, pues el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece las reglas respectivas, en su último párrafo, sólo ofrece un criterio orientador, al señalar que «En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del Derecho»; mientras que en su párrafo tercero dispone que «En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata». Sin embargo, es práctica reiterada en la formulación de sentencias, acudir a la doctrina como elemento de análisis y apoyo, así como interpretar que la regla relativa a la materia penal de carácter restrictivo sólo debe circunscribirse a ella, permitiendo que en todas las demás, con variaciones propias de cada una, se atienda a la regla que el texto constitucional menciona con literalidad como propia de los juicios del orden civil. Ahora bien, tomando en cuenta lo anterior y que la función jurisdiccional, por naturaleza, exige un trabajo de lógica jurídica, que busca aplicar correctamente las normas, interpretarlas con sustento y, aun, desentrañar de los textos legales los principios generales del Derecho para resolver las cuestiones controvertidas en el caso concreto que se somete a su conocimiento, considerando que todo sistema jurídico responde a la intención del legislador de que sea

expresión de justicia, de acuerdo con la visión que de ese valor se tenga en el sitio y época en que se emitan los preceptos que lo vayan integrando, debe concluirse que cuando se acude a la doctrina mediante la referencia al pensamiento de un tratadista e, incluso, a través de la transcripción del texto en el que lo expresa, el juzgador, en lugar de hacerlo de manera dogmática, debe analizar, objetiva y racionalmente, las argumentaciones jurídicas correspondientes, asumiendo personalmente las que le resulten convincentes y expresando, a su vez, las consideraciones que lo justifiquen.¹⁴⁰

4.5 Prueba pericial.

La prueba pericial ha sido la reina de las pruebas en lo que a Derecho extranjero se refiere. El problema es que es costosa y existe siempre duda respecto de la imparcialidad de los peritos. El dictamen idóneo es a través del peritaje de juristas del país de donde la ley extranjera proviene.¹⁴¹

En el Derecho belga y francés antiguo, antes de la existencia del Derecho escrito, las leyes extranjeras se probaban mediante «*Enquêtes par turbes*» y los «*actes de notoriété*», llamados en Bélgica «*reversales*», en donde el Tribunal o bajo su dirección, se interrogaba a los interesados y concluía la prueba. Dicha prueba antigua fue sustituida por los «*certificats de coutume*» o

¹⁴⁰ Novena Época, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XIII, Mayo de 2001, Tesis 2a. LXIII/2001, p. 448.

¹⁴¹ DE SANTO, Víctor, *op. cit.*, p. 66, y GARBERÍ LLOBREGAT, José y BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe, *op. cit.*, p. 40. WESLEY, Charles, «The presumption that foreign law is the same as the local law: an absolute tradition revisited», en *Codicillus*, Pretoria, Sudáfrica, Vol. XXXVII, mayo 1996, núm. 1, p. 37.

«*affidavit*» de conocedores.¹⁴² Para obtener dichos *certificados de costumbre*, la ley francesa no exige acreditar la aptitud y calidad de quien los expide, por lo que no resultan del todo fiables.¹⁴³ De hecho, los certificados se expiden por expertos en la ley extranjera aplicable, fuera civil o religiosa, tales como los de un sacerdote, rabino o mufti, juristas o abogados, cónsules o agentes diplomáticos, Ministros de Justicia o de Exterior.¹⁴⁴

El juez no tiene la obligación de tomar en cuenta los *certificados de costumbre*, pues solo tienen valor de presunción; las partes pueden ofrecer otras pruebas, como un estudio doctrinal del Derecho extranjero a aplicarse en Francia, editado en dicho país.¹⁴⁵ En la actualidad, los certificados se complementan con doctrina del país en cuestión o de Derecho comparado, por cartas rogatorias y por «informaciones y respuestas de consultas judiciales, de institutos y asociaciones consagradas al Derecho extranjero.»¹⁴⁶

En el foro argentino, el Derecho extranjero se ha probado por dictámenes de abogados del lugar de donde proviene el Derecho extraño. Se considera una prueba libre.¹⁴⁷ Incluso el Juez, de oficio, puede ordenar el peritaje de Derecho extranjero, con el fin de estar en posibilidades de resolver

¹⁴² GRAULICH, Paul, *Principes de Droit International Privé*, Librairie Dalloz, París, 1961 y DAVID, René, *op. cit.*, p. 55; Véase VALLADÃO, Haroldo Texeiro, *op. cit.*, p. 548.

¹⁴³ Cfr. GONZÁLEZ DE ANDÍA, *L'application et la preuve de la loi étrangère en France, et spécialement de la loi espagnole*, «Nouvelle Revue de droit international privé», 1935, p. 22, *op. cit.* en DAVID, René, *op. cit.*, p. 55.

¹⁴⁴ VALLADÃO, Haroldo Texeiro, *op. cit.*, p. 548.

¹⁴⁵ Según una sentencia del 26 de abril de 1950 emitida por la Corte de Casación francesa, Cfr. DAVID, René, *op. cit.*, p. 55.

¹⁴⁶ VALLADÃO, Haroldo Texeiro, *op. cit.*, pp. 548-549.

¹⁴⁷ GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 507.

sobre el particular.¹⁴⁸ Lo mismo sucede en Brasil, en donde el Derecho extranjero se aplica *ex officio* y rige el sistema de prueba libre.¹⁴⁹

En el Derecho angloamericano las leyes extranjeras son probadas mediante el testimonio de peritos o expertos, quienes son elegidos por las partes y son interrogados, primero, por el oferente de la prueba, acto procesal conocido como «*examination*», y luego por la contraparte, el «*cross examination*». La valoración de los testimonios en Derecho extranjero es más rigorista en Inglaterra que en los Estados Unidos,¹⁵⁰ sin embargo, en ninguno de los dos países hacen prueba plena. El sistema apuntado crea, frecuentemente, «una gran confusión en el espíritu del juez».¹⁵¹

En Inglaterra, para valorar las declaraciones de los peritos, el juez asume la interpretación de la ley extraña determinada por las partes en su prueba, pero existen excepciones como que la declaración sea evidentemente falsa, oscura, extravagante, indubitadamente absurda o que no trate realmente sobre el caso concreto, casos en los que «examinará por sí mismo la prueba y extraerá una conclusión propia sobre el efecto de la ley extranjera. También le

¹⁴⁸ *Idem.*

¹⁴⁹ VALLADÃO, Haroldo Texeiro, *op. cit.*, p. 548.

¹⁵⁰ En los Estados Unidos se ha llegado a admitir como experto de Derecho inglés a un estudiante que curso estudios de Derecho por seis meses en Inglaterra o a un estudiante americano que estudió Derecho en París, para testificar sobre Derecho Francés. En Inglaterra, no basta la práctica académica del Derecho para ser considerado experto (caso *Bristow vs. Sequeville*, 1850, 19, L.J. Ex. 289. Los mejores peritos, en el Derecho inglés, son aquellos juristas extranjeros que practican el Derecho, o cuando menos lo han hecho alguna vez, en el país cuyas leyes deben probarse, aunque siempre ha existido cierta desconfianza en cuanto a su imparcialidad (casos *Guepratte vs. Young*, 1851, 4 De Gex. & Sm., 217, 227, y *Dogliani vs. Crispin*, 1866, 1 H.L.C., 301, 314). Véase WOLFF, Martin, *op. cit.*, pp. 209-211.

¹⁵¹ DAVID, René, *op. cit.*, p. 56.

está permitido emitir su propia interpretación cuando el perito fracasa en su intento.»¹⁵²

Debido a que los jueces, salvo excepciones que confirman la regla, no tienen la debida formación en Derecho comparado, están «muy mal preparados» para comprender el alcance de los informes que les pueda presentar el mejor jurista extranjero, además de que ese informe será fácilmente desvirtuable por un «abogado experimentado». Dichos vicios hacen que los jueces, ante el temor de aplicar incorrectamente el Derecho extranjero, busquen aplicar su propio Derecho por estimar que resolverán con mayor justicia, lo cual termina siendo una injusticia.¹⁵³

Uno de los sistemas para acreditar el Derecho extranjero es el contenido en el Código de Bustamante,¹⁵⁴ al disponer:

Artículo 409. La parte que invoque la aplicación del Derecho de cualquier Estado contratante en uno de los otros, o disienta de ella, podrá justificar su texto, vigencia y sentido, mediante certificación de dos abogados en ejercicio en el país cuya legislación se trate, que deberá presentarse debidamente legalizada.¹⁵⁵

En la actualidad, es común que los dictámenes periciales sobre Derecho extranjero se complementen con «informaciones y respuestas de consultas judiciales, de institutos y asociaciones consagradas al Derecho extranjero» y con doctrina del país en cuestión.¹⁵⁶

¹⁵² MASEDA RODRÍGUEZ, Javier, *loc. cit.*, p. 806.

¹⁵³ *Idem.*

¹⁵⁴ VALLADÃO, *op. cit.*, p. 549.

¹⁵⁵ Convención sobre Derecho internacional privado (Código Bustamante) en www.gobiernoenlinea.ve/docMgr/sharedfiles/codigobustamante.pdf, al 30 de marzo de 2007.

¹⁵⁶ VALLADÃO, *op. cit.*, pp. 548-549.

En México, la prueba pericial, adminiculada a otras pruebas tendientes a acreditar el texto, sentido y vigencia de la ley extranjera, son suficientes para acreditarla, como se demuestra con las siguiente tesis del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, dictada el 18 de octubre de 2001, en el caso *del Valle*:

DERECHO EXTRANJERO. PARA DEMOSTRARLO RESULTA APLICABLE LO DISPUESTO EN LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE PRUEBA E INFORMACIÓN ACERCA DEL DERECHO EXTRANJERO, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL VEINTINUEVE DE ABRIL DE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y TRES.

De la interpretación sistemática de los artículos 14, fracción I, del Código Civil Federal; 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles, y de la exposición de motivos del decreto publicado el doce de enero de mil novecientos noventa y ocho, que adicionó el segundo de esos preceptos, se desprende que para probar el Derecho extranjero son atendibles las convenciones internacionales en donde México ha sido parte integrante, al formar éstas parte del Derecho nacional, en términos de lo dispuesto en el artículo 133 constitucional. Sobre el particular, destaca la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, firmada en Montevideo, Uruguay, el ocho de mayo de mil novecientos setenta y nueve, y publicada en el órgano oficial informativo de la Federación el veintinueve de abril de mil novecientos ochenta y tres, de cuyos artículos 1o. y 3o. se advierte la existencia de la cooperación entre los Estados-partes de ese convenio con la finalidad de obtener con mayor facilidad y menor tiempo los elementos de prueba idóneos

e información acerca de un Derecho extranjero de un país que tenga que aplicarse en otro, los elementos de prueba idóneos y la información acerca del Derecho extranjero requerido para ser aplicado a un determinado caso, siendo éstos, entre otros de la misma naturaleza: a) El documento consistente en copia certificada de textos legales con indicación de su vigencia o precedentes judiciales; b) La prueba pericial consistente en dictámenes de abogados o expertos en la materia; y, c) Los informes del Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su Derecho sobre determinados aspectos. Cabe destacar que los dos primeros presupuestos a probar están dirigidos a la parte que invoca el Derecho extranjero, los que se estiman esenciales para que el Juez de instrucción tenga todos los elementos necesarios para establecer la forma de aplicación de las normas extranacionales, y el último está encauzado a las autoridades jurisdiccionales, quienes podrán solicitar los informes que ahí se refieren, según lo establecido en el citado artículo 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles; no siendo este presupuesto determinante para acreditar el Derecho extranjero y su aplicación, dado que es una potestad del órgano jurisdiccional ejercerla o no, según su arbitrio judicial.¹⁵⁷

Es increíble que siendo la prueba pericial la «reina de las pruebas» para acreditar la ley extraña en México, no existan peritos registrados en materia de Derecho extranjero o comparado en las listas correspondientes emitidas tanto por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal¹⁵⁸ como por el Consejo

¹⁵⁷ Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XV, Abril de 2002, Tesis I.3o.C.303 C, P. 1248

¹⁵⁸ Véase Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, *Boletín Judicial*, Núm. 33, Tomo CLXXXIV, sección C, 16 de febrero de 2007, pp. 1 a 29 y sus

de la Judicatura Federal.¹⁵⁹ Dicho fenómeno muestra lo poco que la prueba pericial en Derecho extranjero se ofrece en los procedimientos judiciales mexicanos, pues nuestra experiencia como litigantes demuestra que, a mayor utilización de peritos en una materia, mayor será el número de peritos registrados en las listas de los Tribunales. Es por ello que insistimos en la creación del «Instituto Federal de Especialistas en Derecho Internacional Privado y Comparado (IFEDIP)».¹⁶⁰

4.6 Prueba testimonial.

La prueba de testigos no es idónea en las jurisdicciones romanistas para acreditar la ley extranjera. Sin embargo, ha sido generalmente aceptada para acreditar usos y costumbres en jurisdicciones de Derecho consuetudinario.¹⁶¹ En Brasil se acepta la prueba testimonial, exceptuando la de simple juramento.¹⁶²

No se confunda la prueba testimonial de los sistemas de Derecho civil con la prueba *testimonial de expertos* o «*expert witnesses*» que se utiliza en el Derecho anglosajón, pues en realidad esta última es una prueba pericial, la

fe de erratas: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, *Boletín Judicial*, Núm. 34, Tomo CLXXXIV, sección C, 19 de febrero de 2007, pp. 1 a 30 y Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, *Boletín Judicial*, Núm. 35, Tomo CLXXXIV, sección C, 20 de febrero de 2007, pp. 1 a 30.

¹⁵⁹ Véase: Consejo de la Judicatura Federal, *Diario Oficial de la Federación*, 28 de noviembre de 2006, segunda sección, pp. 70 a 101 y su fe de erratas: Consejo de la Judicatura Federal, *Diario Oficial de la Federación*, 11 de enero de 2007, segunda sección, p. 18.

¹⁶⁰ Véase *infra* apartado 4.8 Instituciones públicas y asociaciones profesionales, en donde desarrollamos dicha propuesta.

¹⁶¹ DE SANTO, Víctor, *op. cit.*, p. 66.

¹⁶² VALLADÃO, Haroldo Texeiro, *op. cit.*, p. 548.

cual sí resulta idónea para acreditar el Derecho extranjero, como lo señalamos en el apartado correspondiente.

4.7 Máxima de experiencia y hecho notorio.

Para la doctrina del uso jurídico, existe desconexión entre el enfoque del Derecho extranjero como hecho y su sumisión al principio dispositivo en el proceso, apuntando como excepción a este principio cuando el Derecho extranjero encuadrara en el principio de *máxima de experiencia* y en el de *hecho notorio*. Es decir, el Juez puede conocer el Derecho extranjero en base a su experiencia, en cuyo caso se aplica el principio de máxima de experiencia, o puede conocerlo como un hecho notorio.¹⁶³

Respecto de la máxima de experiencia, ha sido discutido sobre si los jueces pueden usar los conocimientos personales sobre Derecho extranjero que llegaran a tener en virtud de su experiencia o estudios sobre el tema.

En el caso de Inglaterra, cuando el juez llega a conocer algunos aspectos del Derecho extranjero lo hace por su actividad privada y, en consecuencia, tiene prohibido hacer uso de su conocimiento en el proceso, al constituir información privada. Contrariamente a lo que acontecía en Francia en la misma época, tanto los jueces ingleses como los norteamericanos no podían tomar en cuenta sus conocimientos personales sobre el Derecho extranjero, teoría que comenzó a cambiar poco después en algunos estados de la Unión Americana.¹⁶⁴ Incluso se ha llegado al extremo de que, si a un tribunal inglés le es presentado un segundo caso en donde ya ha sido discutido el alcance de una misma ley extranjera, el juez no puede hacer uso de las discusiones y testimonios legales rendidos en el primer juicio, pues el tribunal debe resolver

¹⁶³ GOLDSCHMIDT, Werner, *op. cit.*, p. 145.

¹⁶⁴ NUSSBAUM, The problem of proving foreign law, «50 Yale Law Journal», 1941, 1.018-1.044; citado en DAVID, René, *op. cit.*, p. 56.

con las pruebas sobre el Derecho extranjero aportadas en el caso actual.¹⁶⁵ Si las partes convienen en que el Derecho extranjero tiene uno u otro alcance o sentido, el juez está obligado a tomar por bueno ese Derecho extranjero con el alcance y sentido señalado por las partes, como si hubiesen convenido en confesar la existencia de un hecho.¹⁶⁶

En Argentina, se sigue la teoría de que el juez no puede utilizar sus conocimientos privados para acreditar los hechos, mismos que deben ser probados por las partes. Se ha negado el valor probatorio del conocimiento privado del juez porque «no basta que su decisión sea justa, sino que es necesario que además lo parezca», pues «nada habría más peligroso que dejar que se confundiesen los oficios de testigos y de juez.»¹⁶⁷ El anterior principio no es contrario a la facultad del juez de ordenar pruebas para mejor proveer.

Autores que sostienen la necesidad de prueba del Derecho extranjero, reconocen que este constituye un sistema normativo al que la norma de conflicto otorga valor de fuente en el ordenamiento jurídico del foro, por lo que el juez debe aplicarlo de oficio si lo conoce con la sola taxativa de respetar el principio procesal de contradicción.¹⁶⁸ En Brasil, se acepta la prueba del Derecho extranjero mediante el conocimiento personal que del mismo pueda

¹⁶⁵ Así fue establecido en el caso *Lazard Bros. vs. Midland Bank*, 1933, A.C. 289, 298. WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 209.

¹⁶⁶ Principio que ha sido sostenido judicialmente por los tribunales ingleses en *Koechlin vs. Kestenbaum*, 1927, 1 K.B., 622. Cfr. WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 210.

¹⁶⁷ BENTHAM, *Tratado de las pruebas judiciales*, t. I, pp. 95-97; citado en DE SANTO, Víctor, *op. cit.*, p.14.

¹⁶⁸ RIGAUX, François, *op. cit.*, p. 335. Según el principio de contradicción, las partes no pueden alegar un hecho o formular una demanda sobre la cual su contrario no tenga la posibilidad de explicarse. El juez no puede sorprender a las partes invocando un hecho o una norma jurídica aplicable que las partes no hubiesen alegado o desconozcan.

tener el juez.¹⁶⁹ Es potestativo para los jueces franceses aplicar sus propios conocimientos respecto del Derecho extranjero.¹⁷⁰

Las legislaciones procesales civiles de Guerrero, Sonora y Zacatecas, entidades de la República mexicana con alto tráfico jurídico internacional, permiten expresamente el uso de la máxima de experiencia por parte de sus jueces, al disponer que cuando el juez conociere el Derecho extranjero de que se trate podrá relevar a las partes de la prueba.¹⁷¹

El reconocimiento del principio de máxima de experiencia, generalmente, tiene un valor mediocre.¹⁷²

En cuanto al Derecho extranjero como hecho notorio, aún considerándose a la ley extraña como un hecho, puede encontrarse relevado de prueba cuando es considerado un hecho notorio.¹⁷³ El afamado procesalista Chiovenda definió los hechos notorios como sigue:

...el juez puede tener en consideración estos hechos independientemente de la afirmación que se haga de ellos, o de la prueba que de ellos de una parte [...] es evidente que puede hacer uso siempre del conocimiento de los hechos notorios que posee por que está en el pleito, no como un autómeta, sino como un órgano activo, que no puede olvidar la compleja totalidad de conocimientos que son comunes a todos los hombres, o a un número tan crecido de hombres, que la verdad de su conocimiento sea

¹⁶⁹ VALLADÃO, Haroldo Texeiro, *op. cit.*, p. 548.

¹⁷⁰ DAVID, René, *op. cit.*, p. 55.

¹⁷¹ Véanse los Códigos adjetivos civiles de dichos estados en sus artículos 267 de Guerrero, 258 de Sonora y 258 de Zacatecas.

¹⁷² DAVID, René, *op. cit.*, p. 56.

¹⁷³ Así lo ha sostenido GRILLO CIOCCHINI, Pablo Agustín, *op. cit.*, pp. 160-162.

controlable sin más y que las partes puedan presumirla en él [...] ni aún es necesario que el juez conozca realmente en el momento de la discusión lo notorio para que pueda tenerlo en cuenta, pudiendo muy bien procurarse su noticia al estudiar el pleito, notorio no es lo que efectivamente es notado sino lo que puede ser notado mediante ciencia pública y común y por tanto, previsible y controlable por las partes. [...] El juez no puede, en cambio, valerse del conocimiento que tiene por sus motivos o medios personales (ciencia privada), las partes no deben presumirla en él; y en todo caso no podrán controlar su exactitud...¹⁷⁴

Coincidimos con el célebre Chiovenda cuando señala, al final de la anterior cita, que la máxima de experiencia no debe utilizarse habida cuenta de que las partes no pueden controlar su exactitud, ni es previsible. En nuestro concepto, como pilar del principio de seguridad jurídica, la ley extranjera, si bien debe ser considerada un hecho notorio al estar al alcance de las partes y del juzgador, debe constar debidamente acreditada dentro del proceso en el que se aplicada con el fin de evitar su aplicación inexacta o arbitraria.

El hecho notorio, pues, no significa el que todos conozcan el Derecho extranjero sino que todos tienen la posibilidad de averiguarlo de manera fidedigna.¹⁷⁵ El Derecho extranjero no es otra cosa sino un hecho notorio en el proceso y, como tal, debe ser probado con independencia de que las partes aleguen su existencia y lo acrediten con las pruebas que consideren necesarias. Al ser hecho notorio, no quiere decir que sea del conocimiento

¹⁷⁴ Chiovenda, *Diritto Processuale Civile*, 3ª edición, Casa Tipográfico Editrice N. Novene, Napoli, 1923, p. 733, citado en GRILLO CIOCCHINI, Pablo Agustín, *op. cit.*, pp. 160-162.

¹⁷⁵ En ese sentido cita a los tratadistas Fermín Pedro Ubertone, Jaime Navarrete y Carlos N. Gattari.

general, sino que la norma es asequible a quién la investiga y, como tal, debe aplicarse el principio de la oficialidad en la averiguación de la verdad.¹⁷⁶

En México, nuestros tribunales se han contradicho al señalar si el Derecho extranjero debe ser considerado un hecho notorio. En una tesis cuyo ponente fue Mariano Azuela siendo secretario de estudio y cuenta –quien fuera luego Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2003-2006)-, actualmente Ministro, sostuvo que el Derecho extranjero puede ser considerado un hecho notorio, bajo ciertas circunstancias. Señala la tesis sostenida por la hoy extinta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso *Rodríguez de Gari*, el 21 de julio de 1966, en relación a la legislación de Jalisco:

DERECHO EXTRANJERO. CASO EN QUE NO ES MENESTER PROBAR SU EXISTENCIA. MATRIMONIO EN ESPAÑA (LEGISLACION DEL ESTADO DE JALISCO). Aun cuando es cierto que el artículo 289 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco declara que el Derecho estará sujeto a prueba cuando se funde en leyes extranjeras, el artículo 292 del propio ordenamiento dispone que los hechos notorios no necesitan ser probados y el Juez puede invocarlos aunque no hayan sido alegados por las partes. Si bien es cierto que desde un punto de vista lógico el concepto de «hecho» es en múltiples aspectos diverso del concepto de «Derecho», la existencia de una institución jurídica o de una especial norma de Derecho en determinado país y en cierta época tiene los caracteres de un hecho histórico, y adquiere los caracteres de hecho notorio cuando su existencia es patente para las personas de cultura media. Nuestra vinculación histórica con España, cuyas leyes rigieron durante una época en nuestro país, la integración de nuestra población por numerosas personas

¹⁷⁶ GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 511.

de nacionalidad española original, el conocimiento genérico de la situación de España en los últimos tiempos, explica que para cualquier jurista de cultura media, es una verdad que no necesita prueba la de que en España el matrimonio canónico surte efectos civiles.¹⁷⁷

Por otro lado, casi 20 años después, la propia Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, refiriéndose a la legislación de Baja California Sur, resolvió, en el caso *Jean de Sequeira*, el 30 de enero de 1980, que el Derecho extranjero no puede ser considerado un hecho notorio:

DERECHO EXTRANJERO, PRUEBA DEL (LEGISLACION DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA SUR).

Desde el momento en que en el artículo 280 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Baja California Sur, se establece la necesidad de probar el Derecho extranjero, no puede estimarse hecho notorio el conocimiento, así sea genérico, de las disposiciones jurídicas de la Unión Americana.¹⁷⁸

Nótese que ambas tesis se refieren a la interpretación de artículos idénticos, en la medida en que tanto la legislación de Jalisco –en la época en la que fue dictada la tesis- como la de Baja California Sur, establecen la necesidad de que el Derecho extranjero sea probado. En ese tenor, existe una evidente contradicción de tesis pues la segunda establece categóricamente que el Derecho extranjero debe ser probado y la primera permite tener como hecho notorio un aspecto de la legislación española, cuando es claro que

¹⁷⁷ Sexta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Cuarta Parte, CIX, p. 48.

¹⁷⁸ Séptima Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, 133-138 Cuarta Parte, p. 81. Genealogía: Informe 1980, Segunda Parte, Tercera Sala, tesis 34, p. 39. Nota: En el Informe de 1980, la tesis aparece bajo el rubro «Derecho extranjero (Baja California)».

podiera unirnos una vinculación histórica del mismo grado entre España y los Estados Unidos de América.

La tesis referente a Jalisco es desafortunada en tanto permite a los jueces considerar libremente cuando una disposición extranjera es parte de la «cultura media» de un jurista, pues en nuestro concepto conlleva a la anarquía jurídica y viola el principio de seguridad jurídica que corresponde a los justiciables. Como hemos señalado en el desarrollo de este apartado, el hecho notorio lo es en la medida en que se encuentra a disposición y al alcance de las partes y de los jueces. La tesis jurisprudencial señalada en realidad lo que está permitiendo es que los jueces, en ciertos casos, utilicen la máxima de experiencia lo cual, como hemos señalado, hace inexacta y arbitraria la aplicación de la ley extraña.

4.8 Instituciones públicas y asociaciones profesionales.

La consulta a asociaciones dedicadas al Derecho internacional privado, como medio de prueba de este, existe en Francia, a través de la «*Office de Législation Étrangère et de Droit International*», del Ministerio de Justicia de Francia.¹⁷⁹ En España existe un organismo oficial que tiene la tarea de rendir informes sobre el Derecho extranjero, como lo es la Dirección General de Política Legislativa y Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia, quien presta sus informes a través de la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional.¹⁸⁰

Los convenios de Bruselas de 1880 y 1886 establecen la obligación de los Estados contratantes de transmitir a los otros sus periódicos oficiales y sus colecciones legislativas y de jurisprudencia, organizándose centros

¹⁷⁹ VALLADÃO, Haroldo Texeiro, *op. cit.*, p. 550.

¹⁸⁰ GARBERÍ LLOBREGAT, José y BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe, *op. cit.*, p. 40.

administrativos encargados de coleccionar y clasificar toda esa documentación.¹⁸¹

Debido a que en México no contamos con peritos profesionales en la materia de Derecho internacional privado y comparado que auxilien a los jueces en su deber de aplicar oficiosamente la ley extranjera, proponemos la creación de un órgano auxiliar de la judicatura que coadyuve con los jueces en la investigación del texto, sentido y vigencia del Derecho extranjero.

A nivel federal, proponemos la creación de un «Instituto Federal de Especialistas en Derecho Internacional Privado y Comparado (IFEDIP)», el cual tendría entre sus facultades desahogar consultas formuladas por el Poder Judicial respecto del texto, vigencia, sentido y alcance del Derecho extranjero. Este Instituto, desde el punto de vista orgánico, podría constituirse a semejanza del Instituto Federal de Especialistas en Concursos Mercantiles (IFECOM), que actualmente coadyuva, con éxito, con la judicatura federal en los procedimientos judiciales de concurso mercantil designando y supervisando a visitadores, conciliadores y síndicos. El IFECOM tiene una planta de personal que no supera las 30 personas y su presupuesto es relativamente reducido.¹⁸²

Un Instituto como el que proponemos crear, seleccionaría y administraría a los especialistas en Derecho extranjero y comparado para garantizar una respuesta rápida y segura a las necesidades de información sobre leyes extranjeras que pudieran tener los jueces federales. El perfil de los

¹⁸¹ CAICEDO CASTILLA, José Joaquín, op. cit., pp. 502-503

¹⁸² Al 20 de noviembre de 2006, la plantilla de personal del IFECOM era de 26 elementos, administrando a 144 especialistas en concursos mercantiles, en 29 entidades de la República. Véase el informe de labores del Director General del IFECOM correspondiente al segundo semestre de 2006, rendido el 5 de diciembre de 2006 ante el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal en: http://www.ifecom.cjf.gob.mx/noticias/NoticiasEventosDeployLayout_1_5933_6341.html, al 30 de marzo de 2007.

especialistas a seleccionar sería el de profesionistas, académicos e investigadores reputados en materia de Derecho internacional privado, con especial énfasis en Derecho comparado, seleccionando a aquellos que resulten especialistas en el orden legal de cada Estado o región del planeta que fuera requerido por las instancias judiciales. Por ejemplo, habrían especialistas en Derecho español, francés, estadounidense, canadiense, guatemalteco, japonés, árabe, australiano, etcétera. Por otro lado, este Instituto, vía convenios de colaboración con Institutos similares o centros de investigación o cancillerías de otros países, tendría acceso pronto y expedito a opiniones de juristas calificados y dependencias que pudieran proporcionar la información requerida en el menor tiempo posible. Incluso, dicho Instituto podría administrar también la lista de peritos autorizados en traducción e interpretación de diversos idiomas.

Evidentemente, en las materias y legislaciones nacionales más recurridas por los litigantes, el Instituto propuesto iría ganando mayor experiencia y, con ello, haría progresivamente más rápidas, acuciosas y exactas sus respuestas a la judicatura. En todo caso, la opinión de este Instituto sería tomada en cuenta por el Juez a su libre arbitrio. Podrían celebrarse convenios entre el referido instituto y los tribunales de justicia de cada entidad federativa del país con el fin de hacerles asequibles el acceso a la información y opiniones del Instituto en cuestión.

En el apéndice 3 de este trabajo acompañamos un proyecto de ley para la creación del IFEDIP. Si bien se propone la creación del IFEDIP mediante una ley, podría integrarse ésta como un capítulo especial del Código Federal de Procedimientos Civiles o de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Debido a que proponemos la creación del Instituto como un órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal, en el apéndice 4 de esta tesis agregamos un proyecto de reforma al artículo 88 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

5. La interpretación y valoración del Derecho extranjero.

El tribunal de origen debe aplicar las mismas reglas de interpretación o proceso interpretativo que seguiría el tribunal extraño.¹⁸³ Es decir, debe hacerse de acuerdo con las reglas de la hermenéutica del Derecho extranjero. Tal ha sido el criterio utilizado en la legislación italiana y portuguesa.¹⁸⁴ Dicho criterio también ha sido respetado en los países en donde la legislación no señala expresamente la forma en que debe interpretarse el Derecho extranjero, a través de los criterios jurisprudenciales de sus tribunales. Tal es el caso de los juzgadores franceses, españoles, ingleses, estadounidenses.¹⁸⁵

No obstante, se ha dicho que al momento de interpretar la ley extranjera, el juez no debe limitarse a imitar el Derecho extranjero:

...éste (*el juez*) debe tomar sus propias conclusiones a la hora de interpretar el Derecho extranjero, como punto final de una trayectoria de averiguación del contenido y posterior aplicación. No puede sustraerse a la naturaleza inherente a sus función, ni puede convertirse en un mero imitador de la actividad desarrollada por los operadores extranjeros; la independencia de la labor judicial le lleva a no renunciar nunca a su libertad.¹⁸⁶

¹⁸³ En el mismo sentido Wolff, Miaja de la Muela, Rigaux; Véase MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 402 y RIGAUX, François, *op. cit.*, p. 336.

¹⁸⁴ MASEDA RODRÍGUEZ, Javier, *loc. cit.*, pp. 798-799. El artículo 15 de la *Ley de 31 de mayo de 1995*, señala «...la ley extranjera debe ser aplicada según sus propios criterios de interpretación...». El artículo 23 del Código Civil portugués establece «...la ley extranjera deberá ser interpretada dentro del marco de los sistemas legales a los cuales aquélla forma parte...»

¹⁸⁵ MASEDA RODRÍGUEZ, Javier, *loc. cit.*, pp. 799-200.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 803

Los tribunales ingleses deben aplicar la ley extranjera dejando de aplicar sus propios principios si es necesario. En Inglaterra existen los principios (a) de que las leyes se interpretan de forma literal o gramatical, a menos que el texto de la ley sea ambiguo y (b) que la intención de la legislatura proviene de la ley misma y no de sus debates en la Cámara, los contenidos en el proyecto de ley o la política general del Reino.¹⁸⁷ Dichos principios no imperan en el continente europeo, de hecho, imperan los principios contrarios, pero el Tribunal inglés debe aplicar los principios continentales cuando de la aplicación de una ley continental se trate.¹⁸⁸

Cuando el tribunal posee el texto de la ley extranjera pero no conoce a ciencia cierta la interpretación que de ella hacen los jueces de su país de origen, se ha dicho que la mejor solución es elegir o hacer la interpretación que parezca más acertada, aún con riesgo de error.¹⁸⁹ A dicho fenómeno se ha dado en llamar de «*aproximación o adaptación*» de la ley extranjera y la «*lex fori*» que constituye una interpretación constructiva y tiene como objeto «la mayor producción de hechos en beneficio de la justicia y de la equidad, de ésta o de aquella ley».¹⁹⁰ Consiste en que al interpretar la ley extranjera, ante la imposibilidad de conocer cual es la interpretación exacta que de la misma haría el juez de origen de la norma, el juez del foro puede aplicar los criterios interpretativos contenidos en su propia ley que le parezcan compatibles con la ley extranjera.

¹⁸⁷ Principio establecido en el caso *Scranton's Trustee vs. Pearse*, 1922, 2 Ch. 87, 123. Cfr. WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 206.

¹⁸⁸ *Idem.*

¹⁸⁹ Así se han pronunciado diversos autores, tales como Maury. Véase MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 420

¹⁹⁰ VALLADÃO, Haroldo Texeiro, *op. cit.*, p. 554.

Se ha dicho que no es correcta la suposición que pudiera hacer el juez de que el Derecho extranjero es idéntico al nacional, por el solo hecho de que los textos sean idénticos.¹⁹¹

Cuando la norma nacional exige la aplicación de la norma extranjera, con independencia de que esta sea considerada un hecho en el proceso o una norma jurídica o deba ser materia de prueba, el juzgador deberá valorar el Derecho extranjero allegado al proceso, con el fin de decidir la controversia que le ha sido planteada.

Al respecto existen diversas teorías que señalan la forma en que el juzgador deberá valorar el Derecho, dependiendo el grado de prueba que del mismo exista en el proceso de recepción.

- (a) La teoría de la probabilidad del Derecho extranjero. Se hace consistir en que si las partes no acreditan el contenido o alcance actual del Derecho extranjero, pero sí acreditan el contenido y alcance que tuvo en un tiempo pasado, el tribunal que debe aplicarlo puede hacerlo, apelando al principio de que lo que ha existido una vez se presume que continúa en vigor, salvo prueba en contrario.¹⁹² La doctrina alemana ha seguido esta línea, señalando que el juez debiera aplicar la solución más probable, con la que se guarde relación más próxima.¹⁹³ Para justificar esa solución se ha dicho que es preferible la probabilidad de aplicar un Derecho extranjero dudoso que la certeza de aplicar un Derecho erróneo, aplicando la *lex fori*.¹⁹⁴ Una ramificación de esta doctrina fue la seguida por Evrigenis, al proponer que se aplicara el Derecho más aproximado, en lo que atañe a los principios generales del Derecho

¹⁹¹ GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 513.

¹⁹² Principio sostenido por las cortes de Nueva York, Estados Unidos, en *In re Gehrig's Estate*, 126 N.Y., 537. Véase WOLFF, Martin, *op. cit.*, pp. 211.

¹⁹³ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 419

¹⁹⁴ WOLFF, Martin, *op. cit.*, pp. 211-212; MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, 1972, p. 419; VALLADÃO, Haroldo Texeiro, *op. cit.*, p. 550.

extranjero.¹⁹⁵ Especialmente en los países con sistemas de derecho civil, se admite la aplicación del derecho emparentado más próximo, lo que se considera más justo que aplicar la ley del foro.¹⁹⁶

Evidentemente, cuanta más información tiene el juez nacional sobre el Derecho extranjero aplicable, en mayor medida tiene posibilidades de aplicarlo, *imitarlo*, correctamente. Si no tiene a su disposición algún elemento, puede tomarlo de algún Derecho emparentado al extranjero cuya imitación busca, lo que le proporcionará cierto grado de probabilidad de su aplicación correcta.¹⁹⁷

En el caso de México, cuando la ley nacional señala el principio *iura novit curia* para la ley extranjera, se supone obligación del juez aplicar ese Derecho y aún de investigar su texto, vigencia, sentido y alcance de la norma extranjera. Los Tribunales mexicanos, desafortunadamente, no han sabido interpretar debidamente los artículos 284 bis del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles y continúan exigiendo la prueba de la ley extraña a cargo de las partes; sin embargo, no existen tesis de jurisprudencia al respecto, solamente tesis aisladas, por lo que nada está dicho y es posible todavía encontrar algún tribunal que pueda interpretar correctamente la cuestión. Los tribunales mexicanos entonces aplicarán el Derecho extranjero en la medida en que hubiese sido posible allegarse el texto, vigencia, sentido y alcance de la norma extranjera, colmando las lagunas que pudieran existir en dicha investigación, aplicando los principios procesales aplicables a la valoración de las pruebas.

¹⁹⁵ VALLADÃO, Haroldo Texeiro, *op. cit.*, pp. 550-551.

¹⁹⁶ WESLEY, Charles, *loc. cit.*, p. 42.

¹⁹⁷ GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, pp. 143-144.

(b) Se dicta sentencia desfavorable a la parte que debía acreditar el Derecho extranjero y no lo hizo, absolviendo al contrario, bajo el adagio *actori non probantur, reus absolvitur*.¹⁹⁸ Ese sistema fue seguido en Alemania, atendiendo a la concepción de que el Derecho es un hecho en el proceso.¹⁹⁹ Dicho principio ha sido también seguido en ocasiones en Sudáfrica.²⁰⁰ Diversos autores han estado de acuerdo con esta doctrina,²⁰¹ misma que, bajo una lluvia de críticas, se llegó a aplicar judicialmente.²⁰² Se dice que esta teoría es la «menos perturbadora» pero que sólo puede «suscribirse plenamente en cuanto al sistema procesal del país permita, en este caso, una absolución de la instancia que, sin sentar declaración de cosa juzgada, faculte a la repetición de la demanda con mejor documentación sobre el Derecho aplicable.»²⁰³ Se ha señalado también que esta solución produce un «resultado chocante».²⁰⁴ Consideramos que, en este caso, sería mejor no cerrar la instrucción del procedimiento hasta en tanto no se contase con los elementos necesarios para obtener la información necesaria acerca del Derecho extranjero. En Argentina el Juez puede rechazar la demanda

¹⁹⁸ VALLADÃO, Haroldo Texeiro, *op. cit.*, p. 550.

¹⁹⁹ WOLFF, Martin, *op. cit.*, pp. 212; Véase VALLADÃO, Haroldo Texeiro, *op. cit.*, p. 550.

²⁰⁰ WESLEY, Charles, *loc. cit.*, p. 40. El principio referido se siguió en los casos *Fortuin's Executor vs. Abraham* (1897) y *Rohuier vs. The Master and Owners SS Mesfanos* (1917). El autor señala que la repugnancia de dicha solución es clara y que constituye una denegación de justicia.

²⁰¹ Siguieron esta doctrina Niemeyer, Zitelmann, Anzilotti y Morelli. Véase MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 419 y VALLADÃO, Haroldo Texeiro, *op. cit.*, p. 550.

²⁰² Se dice que esa solución fue adoptada en Estados Unidos en el caso *Walton*. DAVID, René, *La loi étrangère devant le juge du fond*, París, 1965, pp. 97 a 104. Citado en MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 419.

²⁰³ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 419

²⁰⁴ RIGAUX, François, *op. cit.*, p. 338.

por no ser concluyente.²⁰⁵ Al respecto se ha señalado que aún cuando las demandas pudiesen ser rechazadas

...cuando no quede claro que el Derecho positivo consagre el efecto jurídico reclamado, no se puede asimilar la ignorancia del Derecho por el juez a la falta de prueba de los elementos de hecho de la hipótesis...parece inadmisibles que el juez utilice su ignorancia del Derecho, incluso del Derecho extranjero, para desestimar la demanda, pues es injusto, también, agravar en este punto su posición procesal...es una solución desafortunada que sólo trata con justicia a los que pueden pagar los gastos de la prueba de la ley extranjera ...²⁰⁶

- (c) Se aplica la ley del Tribunal. La mayoría de los países aplica la *lex fori* cuando no se logra probar el Derecho extranjero.²⁰⁷ Se ha dicho que lleva un resultado contrario al fin del Derecho internacional privado, en tanto que este persigue la armonía de decisiones. El Derecho inglés sigue este método,²⁰⁸ sin limitarse solamente a tenerlo como una solución inevitable, sino que eleva su rango al establecer que existe la presunción de que el Derecho extranjero es igual al Derecho inglés.²⁰⁹

²⁰⁵ GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 507.

²⁰⁶ RIGAUX, François, *op. cit.*, p. 338.

²⁰⁷ *Idem.* Valladão menciona Montenegro, India, Suiza, Estados Unidos, Letonia, Polonia, Inglaterra y, en general, la «antigua jurisprudencia», Véase VALLADÃO, Haroldo Texeiro, *op. cit.*, p. 550.

²⁰⁸ Principio sostenido en los casos *Male vs. Roberts* (1800) y *Earl Nelson vs. Lord Bridport*, (1845), Cfr. WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 213.

²⁰⁹ Como se ha sostenido en los casos *Brown vs. Gracey* (1821), *Smith vs. Gould* (1842), *Lloyd vs. Guibert*, (1865), *R. vs. Naguib* (1917), *Dynamit Aktiengesellschaft vs. Río Tinto Co.* (1918), *Tank of Oslo vs. Agence Strauss* (1940) y *Casey vs. Casey* (1949), p. 420. Cfr. WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 213.

El mismo sistema se ha seguido en Sudáfrica.²¹⁰ En tal sentido se ha pronunciado el tratadista belga Rigaux, al señalar que resulta «preferible presumir que el contenido de la ley extranjera es idéntico a la *lex fori* o reconocer a esta última su vocación subsidiaria cuando el contenido del Derecho extranjero no puede ser determinado con certeza.»²¹¹ Lo mismo se ha señalado para el derecho sudafricano, diciendo que la Corte debe aplicar la *lex fori* como la única ley bajo el brazo del juez o «*at the judge's elbow*».²¹²

Para Goldschmidt, dicha posición, llamada «aplicación sustitutiva del Derecho propio» es incorrecta, siendo que en realidad debiera aplicar el Derecho emparentado más próximo con el Derecho aplicable que le fuera conocido, mismo que podría resultar ser el propio.²¹³ Para Valladão, dicha solución se «funda en una ficción o en una sobrevivencia del territorialismo» que «conduce siempre a la injusticia y sabotea la norma de Derecho Internacional Privado del foro que prefirió para el caso la ley extranjera».²¹⁴ Solamente cuando no existe posibilidad de

²¹⁰ WESLEY, Charles, *loc. cit.*, pp. 40-41. En los casos *Mackie, Dunn & Co. vs. Keith & Co.: In re Avanti Savoia* (1892), *Hairman vs. Crawley* (1918), *Consolidated Estates & Trusts Ltd. vs. Turnbull* (1924), *Daya vs. Gardse and Gardse* (1934), *Ex Parte Gani* (1942), *Rogaly vs. General Imports (Pty) Ltd.* (1948), *Wilson-Yelverton vs. Gallymore* (1950), *Estate Himovich vs. Estate Himovich* (1951), *Strausz vs. Strausz* (1964), *Bank of Lisbon vs. Optichem Kunsmis (Edms) Bpk.* (1970) y *Magat et al. vs. MV Houda Pearl* (1983).

²¹¹ RIGAUX, François, *op. cit.*, p. 338.

²¹² WESLEY, Charles, *loc. cit.*, p. 40. Dicho principio se aplicó en los casos *Schapiro vs. Schapiro* (1904), *Estate Cassim vs. Cassim* (1915) y *Ambassadors Factors Corporation vs. K. Koppe & Co.* (1949).

²¹³ GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 513.

²¹⁴ VALLADÃO, Haroldo Texeiro, *op. cit.*, p. 550.

acceder al Derecho extranjero aplicable o su Derecho emparentado, es entonces cuando se debe aplicar el propio Derecho del juzgador.²¹⁵

A este respecto, leyes como la austriaca sobre Derecho internacional privado disponen que «si no se puede obtener dentro de un plazo adecuado a pesar de esfuerzo intensivo, información, sobre el contenido de las leyes extranjeras que deben ser aplicadas en un caso, se aplicará el Derecho austriaco en lugar de tales leyes.»²¹⁶

En Alemania existe un principio denominado «recurso al propio Derecho», en donde los Tribunales prefieren la aplicación del propio Derecho sustantivo, aplican la *lex fori*, debido a que las normas nacionales le son más conocidas y las considera mejores.²¹⁷

En México, cuando la ley extranjera no ha sido alegada o no ha sido probada en autos y la ley nacional aplicable señala que el Derecho debe ser probado –como es el caso del Código de Comercio o de las entidades de la República que aún lo exigen-, el juez deberá aplicar la ley mexicana para resolver la cuestión.

- (d) Un cuarto grupo de solución es el propuesto por Valladão de que «para el caso en que fuere imposible conocer la ley extranjera designada por la norma de Derecho Internacional Privado del foro, la solución debe ser la misma para el caso en que es imposible conocer el elemento de

²¹⁵ GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, pp. 143-144.

²¹⁶ FRISCH PHILIPP, Walter, *et al.*, *Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal Internacional*, 2a. edición, Editorial Porrúa, México, 1998, p. 23.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 24.

conexión indicado, verbigracia, la nacionalidad o el domicilio.»²¹⁸ En ese sentido se pronuncia la ley portuguesa.²¹⁹

- (e) El autor brasileño Rodrigo Octavio, seguido por su compatriota Batalha, sostuvieron que, ante la imposibilidad de las partes de acreditar el Derecho extranjero, el juez debe proveer diligencias de prueba para hacerlo. Dicha doctrina ha sido criticada diciendo que si bien es correcto proceder de esa forma, si la nueva diligencia de prueba fracasa no se resuelve la cuestión.²²⁰ En España rige la libre valoración de la prueba, no la prueba tasada o rigurosa, pues se

...presupone la libertad de medios probatorios (siempre que sean lícitos y se obtengan por medios no prohibidos), y la libertad de valoración o apreciación. Si el juzgador, con la aportación de las partes, no se considera suficientemente ilustrado, debe y puede actuar de oficio e investigar la norma aplicable.²²¹

En el mismo sentido se han llegado a pronunciar los jueces sudafricanos.²²²

En el caso de México, cuando se ha adoptado el texto de los artículos 284 bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles, apareciendo el Derecho extranjero insuficientemente probado, consideramos que el Juez debiera ordenar su investigación hasta donde fuera posible, en

²¹⁸ VALLADÃO, Haroldo Texeiro, *op. cit.*, p. 551.

²¹⁹ Código Civil de Portugal de 1966. VALLADÃO, Haroldo Texeiro, *op. cit.*, p. 551.

²²⁰ VALLADÃO, Haroldo Texeiro, *op. cit.*, p. 551.

²²¹ Sentencia del Tribunal Supremo 1a. 3.3.97 Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, José y BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe, *op. cit.*, p. 46.

²²² WESLEY, Charles, *loc. cit.*, p. 41.

vista de que está obligado a aplicarlo oficiosamente en razón del principio *iura novit curia*. Por ello insistimos en la creación de un «Instituto Federal de Especialistas de Derecho Internacional Privado y Comparado (IFEDIP)». ²²³ Es necesario apartarnos de una vez por todas de las teorías decimonónicas de la alegación y prueba del Derecho extranjero. Vivimos en un mundo mucho más comunicado y pequeño.

- (f) La sexta propuesta es que, ante la imposibilidad absoluta de conocer el Derecho extranjero aplicable y no poder acudir a una legislación subsidiariamente aplicable, se someta la cuestión a las reglas de la justicia y la equidad. ²²⁴ Otra vertiente fue la de recurrir a los principios generales del Derecho, creando un nuevo *ius gentium* del mundo moderno. ²²⁵ Para el autor mexicano Carlos Arellano García, ²²⁶ cuando el Derecho extranjero no es probado en juicio el juez podría resolver conforme a los principios generales del Derecho.

Como hemos señalado, son diversas las soluciones que el Derecho internacional privado previene para la interpretación de la ley extranjera. Sin embargo, no podemos soslayar que cuando el juez interpreta leyes extranjeras, sería deseable y óptimo que tuviera una sólida, o cuando menos básica, formación en Derecho comparado. Para interpretar la norma extranjera no solo es suficiente contar con aptitudes lingüísticas o de traducción, es necesaria la adquisición de una sensibilidad (*feeling*) hacia el sistema jurídico extraño que permita la correcta interpretación de sus diferentes conceptos y nociones. Este

²²³ Véase *infra* apartado 4.8 Instituciones públicas y asociaciones profesionales, en donde desarrollamos dicha propuesta.

²²⁴ VALLADÃO, Haroldo Texeiro, *op. cit.*, p. 551.

²²⁵ *Idem*, posición que sostenía Valladão en sus cátedras de los años treinta del siglo XX.

²²⁶ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *op. cit.*, pp. 866-867.

«sentir» del Derecho extraño y la cultura de donde emana solamente puede transmitirse al Juez nacional por un comparatista.²²⁷

6. El Derecho extranjero y el control de legalidad

En el ámbito del Derecho internacional privado y, específicamente cuando de aplicar Derecho extranjero se trata, existe una mayor probabilidad de que los jueces puedan cometer un error de interpretación o aplicación. Los asuntos en donde es necesario aplicar el Derecho internacional privado, por lo general, superan en dificultad a los asuntos ordinarios de los Tribunales, dado que «la aplicación de las normas conflictuales del foro y, en su caso, las leyes extranjeras, es bastante más complicado que la de las disposiciones materiales de cada Derecho. En esta situación los errores judiciales son más explicables y frecuentes que en cualquier otra rama jurídica.»²²⁸

En tratándose de la aplicación de leyes extranjeras y el recurso de casación, la doctrina identifica dos grandes grupos de violaciones que pueden o no ser analizados en un recurso de casación -amparo directo en México-: aquellas que atentan en contra de las normas de conflicto del foro y las que irrogan directamente la norma extranjera que resultó aplicable. La tendencia generalizada de los países ha sido aceptar la revisión en casación del primer supuesto, negándose a estudiar el segundo.²²⁹

²²⁷ MARKESINIS, Basil S., «Judge, Jurist and the study and use of foreign law», en *The Law quarterly review*, Londres, Inglaterra, Vol. 109, octubre 1993, pp. 625-626.

²²⁸ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 420

²²⁹ *Ibidem*, p. 421

6.1 Casación por infracción de la norma de conflicto.

Según Lewald, la norma de conflicto puede ser violada, por los tribunales, de tres maneras distintas: (a) aplicando el Derecho sustantivo del foro cuando debió aplicar la ley extranjera; (b) cuando aplica una ley extranjera, siendo que debía ser aplicable la ley del foro; y (c) cuando se aplica una ley extranjera distinta a la que debía ser aplicada y que correspondía a otro Estado diverso al del foro.²³⁰

Desde luego, los recursos de casación pueden tener diversos alcances, dependiendo del Estado de que se trate. En algunas jurisdicciones, por ejemplo en Francia, se requiere que la violación, para ser analizada en casación, afecte directamente normas materiales del propio Estado francés. Lo cierto es, que por regla general, los Estados defenderán la norma de conflicto mediante el recurso de casación, dependiendo directamente de que el Tribunal de Casación llegue o no a la convicción de que tal norma forma parte integrante de su ordenamiento jurídico.²³¹

De igual forma se presenta un control de legalidad respecto a los procesos de calificación observados dentro de la técnica de aplicación Derecho internacional privado. El tribunal de casación se reserva el derecho de verificar si los hechos del caso se adecuaron a la hipótesis de la norma jurídica aplicada en la sentencia impugnada.²³²

El Tribunal Constitucional español ha considerado que existe una violación del derecho a la tutela judicial efectiva cuando el juez del

²³⁰ LEWALD, «Le contrôle des Cours Suprêmes sur l'application des lois étrangères», Recueil des Cours, 1936, III), pp. 235 y 236. Citado en MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 422

²³¹ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, pp. 421-422

²³² RIGAUX, François, *op. cit.*, p. 339.

conocimiento deja de llevar a cabo las actuaciones necesarias para formarse convicción sobre la vigencia y contenido de la norma jurídica extranjera.²³³

En el caso de México, si existe una violación a la norma de conflicto o al proceso de calificación, el Tribunal constitucional mexicano podrá ordenar, en amparo directo, la reposición del procedimiento para el efecto de que la ley de conflicto sea observada estrictamente.

6.2 Casación por infracción directa a la ley extranjera aplicable.

La jurisprudencia de la mayoría de los países ha recogido la regla establecida desde sus orígenes por la Corte de Casación francesa, en el sentido de que en dicha instancia se puede revisar que el juez inferior hubiese optado correctamente por aplicar las leyes de un determinado Estado, sin aceptar la revisión acerca de la correcta aplicación de las leyes del Estado designado. Dicho criterio ha sido calificado como ilógico y perturbador, pues compromete la seguridad del tráfico jurídico que el Derecho internacional privado trata de conseguir.²³⁴

Uno de los principales argumentos vertidos por quienes defienden la posición de no casabilidad por defectos en la aplicación de las leyes extranjeras, es que éstas se consideran como hecho en el proceso y no como Derecho, siendo absurdo que pueda exigirse a los jueces conocer el Derecho de todo el mundo.²³⁵ La teoría del uso jurídico de GOLDSCHMIDT funda dicha teoría, diciendo que la errónea aplicación del Derecho extranjero no constituye la infracción del Derecho, sino una comprobación errónea de los hechos.

²³³ Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional STC 10/2000. Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, José y BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe, *op. cit.*, p. 41.

²³⁴ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 423-424

²³⁵ Algunos de los autores que han defendido esta teoría son Ivonne Salomé y Jean Paul Niboyet, este en la última etapa de su pensamiento, pues antes sostuvo lo contrario. Cfr. MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 425

Batiffol defendió el criterio de la Corte de Casación francesa, diciendo:

...si el tribunal de casación se mezclase en controlar la interpretación de las leyes extranjeras, se encontraría en la alternativa siguiente: o bien daría de la ley extranjera la interpretación que tuviese por conveniente, y correría el riesgo de encontrarse en oposición con la interpretación recibida en el extranjero, lo que o daría gran autoridad a sus opiniones, y sería contrario a la idea de que la ley extranjera aplicada en Francia debe ser la que está de hecho en vigor en el extranjero, pero entonces tendría que consultar documentos, oír testimonios, lo que es contrario a las reglas de su estatuto, y le conduciría a la investigación de un hecho.²³⁶

Rigaux señaló:

...el Tribunal Supremo del Estado en el que se aplica una ley extranjera debe evitar ejercer un control de legalidad sobre la interpretación de esta ley, limitándose al ejercicio de su control disciplinario. Cuando toma en consideración la interpretación dada a una disposición de Derecho extranjero por la jurisprudencia del país del que emana esta disposición, se abstiene prudentemente de proceder por sí misma a la lectura autorizada del texto cuya interpretación ha sido discutida ante el juez de instancia. Es mucho más aventurado tomar partido en una cuestión de interpretación que permanece abierta en el ordenamiento jurídico extranjero competente.²³⁷

²³⁶ BATIFFOL, Henri, *Aspects philosophiques de Droit international privé*, París, pp. 409 y ss., citado en MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 426.

²³⁷ RIGAUX, François, *op. cit.*, p. 343.

Para Miaja de la Muela, la posición de Batiffol es correcta respecto de la primera hipótesis, pero no en la segunda, aduciendo que es admisible para quien considera al Derecho extranjero como tal y no como un simple hecho, señalando que si el juez inferior se informa de las leyes extranjeras con mayor razón debiera hacerlo en más alto tribunal, máxime que por su posición y encontrarse en la capital del país, cuenta con mayores medios a su alcance para dicha investigación.²³⁸

Otro argumento en pro de la no casabilidad de la errónea aplicación de la ley extranjera es que la jurisprudencia tiene como objeto primordial unificar las decisiones judiciales en un determinado Estado y que dicha labor debe ser restringida al Derecho patrio, pues tratar de hacerlo extensivo al extranjero sería inútil, pues el que éstas se entiendan de una forma u otra no afecta la unidad del sistema de decisiones judiciales dentro del propio Estado.²³⁹

Rigaux ha señalado que la unidad jurisprudencial, uno de los objetivos de la casación, debe situarse dentro de la red institucional del ordenamiento jurídico del foro. Si el juez inferior está obligado a observar los principios de interpretación del Juez de origen de la norma aplicable, el Tribunal de Casación debe observar el mismo principio, apoyándose, en su caso, en la interpretación que la disposición ha recibido del Tribunal Supremo o de casación del país de que emana. El «único control admisible» del Tribunal de casación debe limitarse a constatar que el juez inferior hubiese aplicado la norma extranjera conforme a la interpretación que de la misma se hace en el Estado de origen de la citada norma.²⁴⁰

En el caso de que el recurso de casación verse sobre una cuestión de Derecho extranjero dudosa o controvertida y no se dispone de información segura sobre su interpretación o contenido, siendo que la decisión del inferior

²³⁸ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 426.

²³⁹ *Idem.*

²⁴⁰ RIGAUX, François, *op. cit.*, p. 340.

no es incompatible con la información aportada en el expediente, lo correcto es que se deseche el recurso de casación.²⁴¹

Según el francés Maury, la inferioridad del Derecho extranjero se acredita con dos extremos: (a) desde el punto de vista de la prueba y (b) desde el punto de vista del recurso de casación. Desde el punto de vista de la prueba, los tribunales no pueden aplicar de oficio la ley extranjera, debido a que es un hecho, debiéndolo de hacer cuando la parte interesada lo invoque y lo pruebe, si no lo hace el juez debe aplicar la *lex fori*. Esta solución imperó casi en todos los países hasta bien entrado el siglo XX.²⁴² Maury justificaba que la Corte de Casación no revisara la falsa aplicación de la ley extranjera, aduciendo que si era difícil conocerla, es evidente que dicha Corte, debido a su notoriedad, no podía arriesgarse a interpretarla. Señala:

Es difícil, y a veces azaroso dar una interpretación de una regla de Derecho extranjero, ya que el tribunal supremo correría el riesgo de engañarse, al aventurarse en tal o cual interpretación y su error tendría, evidentemente, más alcance, más notoriedad, que la de un tribunal de primera instancia o aun de una Corte de apelación: de aquí la regla relativa a la no admisión del recurso de falsa interpretación.²⁴³

Dicha posición ha sido atacada sosteniendo que las dificultades con que justifica su proceder no tienen nada de insuperable. Además, la propia Corte de Casación francesa ha reivindicado competencia para conocer sobre el Derecho alemán vigente durante cierto tiempo en Alsacia y Lorena después de su

²⁴¹ *Ibidem*, pp. 340-341.

²⁴² MAURY, Jacques, *op. cit.*, p. 48.

²⁴³ *Ibidem*, p. 51. Lo mismo opinaba NIBOYET, Cfr. MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, Derecho Internacional Privado, 6ª edición, Tomo I, Madrid, 1972, p. 427.

integración a Francia, así como a las leyes y costumbres indígenas de los protectorados franceses.²⁴⁴

Para Valladão, «sólo excepcionalmente la decretación de la ilegalidad de un reglamento o decreto o de la inconstitucionalidad de una ley, alcanza gran importancia social y política, lo que no obstaría en ese o en otro país, para el justo reconocimiento de uno o de otro vicio de la norma en causa.»²⁴⁵ El autor brasileño sostuvo que debería permitirse incluso al Tribunal de casación del Estado de recepción la declaración de constitucionalidad de la ley extranjera, frente a la Constitución del Estado de origen, aduciendo que sostener lo contrario impediría también al juez del foro juzgar un reglamento o decreto ilegal.²⁴⁶

Respecto de la falsa aplicación del Derecho extranjero, «aplicar falsamente una ley extranjera, es, en el fondo, no aplicarla en lo absoluto, y por consiguiente, violar la ley francesa [...] la falsa interpretación del Derecho extranjero constituye siempre, bien miradas las cosas, por lo menos una violación indirecta de la ley francesa».²⁴⁷

Maury señala que las Cortes de casación francesas deberían evitar la desnaturalización de la ley extranjera, solamente en el caso de que exista una evidente falsa interpretación de la misma y que se conozca la norma extranjera y su interpretación por los tribunales extranjeros de origen. La Corte no podría intervenir «cuando exista duda o controversia sobre el Derecho extranjero en el país extranjero, en la medida en que la regla de Derecho extranjero es indeterminada», pues no corresponde a la Corte de casación descubrir ese Derecho.²⁴⁸

²⁴⁴ BATIFFOL, Henri, *Aspects philosophiques de Droit international privé*, París, pp. 409 y ss., citado en MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 427.

²⁴⁵ VALLADÃO, Haroldo Texeiro, *op. cit.*, p. 554.

²⁴⁶ *Ibidem*, pp. 553-554.

²⁴⁷ MAURY, Jacques, *op. cit.*, pp. 51-52.

²⁴⁸ *Ibidem*, pp. 52-53.

El Tribunal Constitucional español ha considerado que existe una violación del derecho a la tutela judicial efectiva cuando el juez del conocimiento deja de llevar a cabo las actuaciones necesarias para formarse convicción sobre la vigencia y contenido de la norma jurídica extranjera.²⁴⁹

Como hemos señalado, la inferioridad del Derecho extranjero frente al nacional se acredita con dos extremos: desde el punto de vista de la prueba y desde el punto de vista del recurso de casación. Respecto de la casación se presentan dos hipótesis: el caso de no aplicación de la ley extranjera y el caso de falsa aplicación o interpretación de la ley competente. Cuando el tribunal no aplica la ley extranjera a pesar de haber sido invocada, los tribunales franceses lo solucionaban aplicando el recurso de casación, debido a que se había violado la ley francesa que ordenaba la aplicación de la extranjera, es decir, se había violado el Derecho internacional privado positivo francés. Cuando el tribunal aplica la ley incorrectamente, entonces los tribunales franceses no admitían el recurso de casación, diciendo que la interpretación de la extranjera constituye una cuestión de hecho sometida a la apreciación soberana de los tribunales de primera instancia y que escapa a la supervisión (*controlê*) de la Corte de Casación francesa. En países extranjeros se ha resuelto análogamente.²⁵⁰

Se ha dicho que en los países que no aceptan la casación para el Derecho extranjero, por considerar a este un hecho, debiera aceptarse la revisión por el superior respecto de sentencia firmes, bajo la premisa, prevista en varias legislaciones, que se han aportado documentos no conocidos en el momento del fallo, o que este se dictó en base a documentos que posteriormente hubiesen sido declarados falsos. Siguiendo a Goldschmidt, los libros que contienen el Derecho extranjero merecen la consideración legal de

²⁴⁹ Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional STC 10/2000. Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, José y BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe, *op. cit.*, p. 41.

²⁵⁰ MAURY, Jacques, *op. cit.*, p. 50.

«documentos», por lo que debiera ser admitido el recurso de revisión antes señalado. Lo cierto es que ninguna legislación prevé el mismo de esta forma.²⁵¹

Un problema es definir si la corte de casación (amparo directo sobre legalidad en México) puede conocer de la falsa aplicación de la ley extranjera declarada competente por una norma de conflicto nacional. La respuesta es que las cortes belgas y francesas no lo han permitido, debido a que consideran que solamente pueden pronunciarse respecto de la uniformidad de la interpretación de su propia ley y no la ley extranjera.²⁵² Lo mismo se ha sostenido en las cortes alemanas,²⁵³ suizas,²⁵⁴ españolas, griegas y holandesas, pues siguen el mismo sistema de revisión de legalidad o casación, que Francia.²⁵⁵ Por su parte, países como Italia, Rusia, Portugal y Austria permiten la revisión de legalidad del Derecho extranjero, al considerarlo Derecho y no solo un hecho en el proceso.²⁵⁶

Por su parte, la Cámara de los Lores inglesa y los Tribunales supremos de los países escandinavos, que siguen el Derecho común inglés, se

²⁵¹ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, pp. 428-429.

²⁵² Problema que ha sido destacado por autores como Maury, Véase MAURY, Jacques, *op. cit.*, 1949 y GRAULICH, Paul, *op. cit.*, pp. 25-26.

²⁵³ Sin embargo, el sistema alemán utiliza vías alternativas para admitir recursos por infracción del Derecho extranjero, admitiendo la revisión basada en la infracción del deber de determinar el contenido del Derecho aplicable (irrevisibilidad del Derecho extranjero y revisibilidad del proceso de determinación del Derecho extranjero). MASEDA RODRÍGUEZ, Javier, *loc. cit.*, p. 817; quien sigue a J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, segunda edición, Tubinga, 1994, pp. 521-523.

²⁵⁴ La Ley Federal suiza de organización judicial de 16 de diciembre de 1943 (reformada el 4 de octubre de 1991) previene en su artículo 43 (a) un recurso por infracción del Derecho extranjero. MASEDA RODRÍGUEZ, Javier, *loc. cit.*, p. 817

²⁵⁵ WOLFF, Martin, *op. cit.*, pp. 213-214.

²⁵⁶ *Idem.* Cfr. MIAJA DE LA MUELA, *op. cit.*, pp. 427-428.

encuentran legitimados para resolver en apelación final y pronunciarse, no solo respecto de la legalidad de la sentencia sino también respecto del descubrimiento de los hechos, por lo que en varias ocasiones han revisado la aplicación del Derecho extranjero.²⁵⁷ Laurent explica que es deplorable que los tribunales no puedan revisar la correcta aplicación de la ley extranjera, cuando sus normas nacionales ordenan su aplicación.²⁵⁸

En Brasil, donde el Derecho extranjero se equipara al federal, ha sido aceptada la casación tanto por lo que se refiere a la unidad de la jurisprudencia, como a la no aplicación o aplicación incorrecta de la ley extranjera.²⁵⁹ Es de destacarse el tratamiento de ley federal que Brasil otorga al Derecho extranjero.

En Inglaterra, los tribunales pueden analizar la legalidad de la ley extranjera en la misma medida que el juez extranjero podría hacerlo. Mientras que un juez inglés podría examinar la constitucionalidad de una ley estadounidense, pues dicho examen está permitido al tribunal ordinario estadounidense, no podría hacer lo mismo cuando aplica una ley francesa, debido a que la aplicación de las leyes francesas en Francia no depende de su conformidad con la constitución. Lo mismo sucederá cuando se alegue que el Derecho extranjero es contrario a un tratado celebrado con un tercer Estado, pues el Derecho inglés aplicará el Derecho extranjero en la misma medida que lo haría su juez nacional, aún cuando fuera contrario a un tratado que dicho Estado tuviera celebrado con un tercero.²⁶⁰

Como antecedente del devenir legislativo latinoamericano, baste señalar que el Código de Bustamante de 1928 establecía:

²⁵⁷ En los casos *Russian Commercial & Industrial Bank vs. Comptoir d'Escompte de Mulhouse*, 1925, A.C. 112, 126, y *Lazard Bros. vs. Midland Bank*, 1933, A.C. 289, 298. Cfr. WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 213.

²⁵⁸ GRAULICH, Paul, *op. cit.*, p. 26.

²⁵⁹ VALLADÃO, Haroldo Texeiro, *op. cit.*, p. 548.

²⁶⁰ WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 205.

Artículo 412. En todo Estado contratante donde exista el recurso de casación o la institución correspondiente, podrá interponerse por infracción, interpretación errónea o aplicación indebida de una ley de otro Estado contratante, en las mismas condiciones y casos que respecto del Derecho nacional.²⁶¹

En México, debido a que el juez tiene la obligación de aplicar la norma extraña cuando la propia ley mexicana señala su aplicación, habiendo quedado en autos acreditado el texto, vigencia, sentido y alcance de la norma extranjera, consideramos que en todo caso es procedente alegar en un amparo directo, vía concepto de violación, la infracción, interpretación errónea o aplicación indebida de una ley extranjera que resultara aplicable al caso.

Siguiendo con el caso mexicano, cuando la ley extranjera no ha sido alegada o no ha sido probada en autos, en nuestro concepto, existen dos posibilidades de solución:

- (a) en el caso de que la ley nacional aplicable señale que el Derecho debe ser probado –como es el caso del Código de Comercio o de las entidades de la República que aún lo exigen-, el juez deberá aplicar la ley mexicana para resolver la cuestión;
- (b) cuando la ley nacional señala el principio *iura novit curia* para la ley extranjera, se supone obligación del juez aplicar ese Derecho y aún de investigar su texto, vigencia, sentido y alcance de la norma extranjera. En ese sentido consideramos que existe la posibilidad de alegar en el amparo la falta de aplicación y de investigación del Derecho extraño. Como hemos señalado en el presente trabajo, los Tribunales

²⁶¹ Convención sobre Derecho internacional privado (Código Bustamante) en www.gobiernoenlinea.ve/docMgr/sharedfiles/codigobustamante.pdf, al 30 de marzo de 2007.

mexicanos, desafortunadamente, no han sabido interpretar debidamente los artículos 284 bis del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles y continúan exigiendo la prueba de la ley extraña a cargo de las partes; sin embargo, no existen tesis de jurisprudencia al respecto, solamente tesis aisladas, por lo que nada está dicho y es posible todavía encontrar algún tribunal que pueda interpretar correctamente la cuestión.

7. El Derecho extranjero y la legitimidad de su país de origen.

Se ha planteado el problema acerca de que si la norma extranjera a la cual nuestra norma de conflicto nos remite, debe ser aplicada en el caso de que el Estado receptor no reconozca de *iure* a ese Estado extraño. Al respecto, se ha dicho que la remisión al Derecho de ese Estado surte efectos aún cuando no sea reconocido de *iure* por el Estado receptor.²⁶² Debe, entonces, aplicarse la ley de un Estado extranjero cuando este no es reconocido.

Según Maury²⁶³ hasta el siglo XIX imperaba la idea de que el poder judicial se encontraba subordinado al poder ejecutivo y, dado que el reconocimiento de un Estado es un acto político que efectúa el gobierno a través del poder ejecutivo, si este no reconocía al estado extranjero de cuya ley su aplicación se imponía, no debía aplicarse la ley extranjera al no ser Derecho para el tribunal nacional. Luego de la primera guerra mundial y después de la revolución rusa las reglas cambiaron. Durante largo tiempo, el gobierno ruso no fue reconocido por gran parte de los estados europeos. No obstante, países como Alemania continuaron aplicando el Derecho soviético como tal, aunque

²⁶² Así lo sostuvo la Suprema Corte austriaca en sentencia de fecha 3 de abril de 1968, EvBl. 1968/297. En el mismo sentido véase al autor austriaco Kegel, *Internationales privatrecht*, pp. 3 y 4, ambos extremos citados en FRISCH PHILIPP, Walter, *et al.*, *op. cit.*, p.11.

²⁶³ Véase MAURY, Jacques. *op. cit.*, p. 47.

países como Francia, Inglaterra, Bélgica y Egipto, no lo hicieron, pues sus poderes ejecutivos no reconocían al gobierno soviético. Mientras transcurría el tiempo sin que el gobierno soviético fuera reconocido, más imperfecto parecía no reconocer su Derecho, negando la situación real. Por ello, las jurisprudencias suizas y estadounidenses evolucionaron, afirmando la tendencia de que habría que distinguir entre el reconocimiento de un gobierno, lo cual constituye un acto político, y la validez jurídica de los actos de ese gobierno, problema que pertenece a los Tribunales, mediante el examen de los «hechos», aduciendo que todo gobierno puede crear Derecho, cuando está en posibilidad de crearlo y sus leyes son aplicadas de hecho en su territorio. Según Batiffol, para un juez que debe aplicar una ley extranjera es suficiente saber que las disposiciones de aquel país se aplican de una manera pacífica, continuada y a título de verdaderas leyes.²⁶⁴

Tomando también como base el caso soviético, el inglés Wolff²⁶⁵ explicó la necesidad de aplicar el Derecho de un Estado aún cuando no hubiese sido reconocido este por el Estado de recepción, con el ejemplo de los rusos emigrantes a Inglaterra con motivo de la revolución de 1917. Señaló que el gobierno inglés no reconoció las leyes soviéticas, por lo que un tribunal inglés tendría frente a sí dos opciones a saber: (a) aplicar el Derecho del lugar de residencia ordinaria o el inglés por *deficiente regula*, o (b) aplicar el Derecho de la Rusia zarista, lo cual consideró erróneo al no constituir ya Derecho en ninguna parte. Aduce que debe aplicarse el Derecho del Estado *de iure* o *de facto*, aún no siendo reconocido por el Estado al que pertenece el Tribunal, debido a que ese Derecho lo es, no por la legitimidad del gobierno que lo ha

²⁶⁴ BATIFFOL, Henri, *La contribution des relations franco-espagnoles à la construction du Droit international privé en France*, Valladolid, 1950, pp. 52 a 62, citado en: MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 400.

²⁶⁵ WOLFF, Martin, *op. cit.*, pp. 203-204.

promulgado, sino en tanto constituye Derecho consuetudinario «basado en la práctica actual y en una creencia general de que tal práctica es Derecho.»²⁶⁶

Refiere el español Miaja de la Muela que el Derecho de un Estado no reconocido no puede dejar de aplicarse, atendiendo a que en Derecho internacional el reconocimiento no tiene efectos constitutivos de la personalidad del Estado reconocido, sino declarativos; y que las causas que conllevan al no reconocimiento de un Estado pueden ser muy variados, independientemente de que el Gobierno no reconocido ejerza una autoridad eficaz en su territorio. Sin embargo, señala que, en el caso de una guerra civil en donde existen dos o más disposiciones legales, entonces debe atenderse a las leyes del gobierno que sea reconocido.²⁶⁷

La teoría del uso jurídico de Goldschmidt no estima que el Derecho extranjero se aplique considerándolo una norma jurídica, Derecho como tal, sino en cuanto es un hecho consistente en la más probable sentencia que el juez extranjero hubiese dictado aplicando su propio Derecho. Con la aplicación de esta teoría se elimina la controversia para justificar si un juez puede o no aplicar el Derecho extranjero cuando proviene de un Estado o gobierno que no es reconocido por el propio Estado de recepción.²⁶⁸ Dicha posición ha sido criticada señalando que la solución que propone no se funda en la teoría del uso jurídico, sino en la concepción realista del Derecho.²⁶⁹

En México no existen antecedentes jurisprudenciales sobre la cuestión, principalmente debido a que la política exterior mexicana ha sido,

²⁶⁶ Principio que fue establecido judicialmente en los casos *Banco de Bilbao vs. Rex*, 1938, 2 A.E.R. 253, y *Bank of Etiopía vs. National Bank of Egypt*, 1937, 3 A.E.R. 8. Cfr. WOLFF, Martin, *op. cit.*, p. 204.

²⁶⁷ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *op. cit.*, p. 400.

²⁶⁸ GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 143.

²⁶⁹ MOSCIATI OLIVIERI, Piero Bruno, «La aplicación del Derecho extranjero. Teoría del uso jurídico», en *Revista chilena de Derecho*, Santiago, Chile, Vol. 20, enero-abril 1993, núm. 1, p. 50.

tradicionalmente, la de «no intervención» por lo que prácticamente siempre ha reconocido la existencia de los demás gobiernos en el orbe. No obstante, tenemos el antecedente de que México ha reconocido las leyes de países con los cuales ha roto relaciones diplomáticas, como es el caso de la España de Francisco Franco y la Italia fascista. Al respecto existe profusa jurisprudencia que así lo demuestra. Baste señalar como antecedente aplicado por analogía a la cuestión que analizamos, el siguiente criterio sostenido por la extinta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el caso *Perlín de Niembro*, el 24 de junio de 1937:

DOCTRINA JURIDICA ITALIANA, APLICACION DE LA.

El decreto del Ejecutivo Federal, que en cumplimiento de tratados internacionales ordenó el bloqueo de productos italianos, no puede impedir a los Jueces invocar en apoyo a sus tesis, las opiniones de un autor de esa nacionalidad, porque ostensiblemente ese bloqueo se reduce a finalidades económicas y comerciales y sería monstruoso entender que sus efectos se extienden al campo de las ideas científicas o sociales.²⁷⁰

De esta forma, podemos concluir que, en nuestro concepto, el Estado mexicano debiera otorgar validez a las leyes de un país cuyo gobierno no hubiese sido reconocido, para el efecto de resolver cuestiones atinentes al Derecho internacional privado.

²⁷⁰ Quinta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, LII, p. 2409.

III. ALEGACIÓN Y PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO EN MÉXICO

1. Legislación del Distrito Federal.

1.1 La época prehispánica.

Los datos que existen sobre el Derecho prehispánico en México son relativamente escasos y, en tratándose de la aplicación de las leyes extrañas no contamos con datos concretos que nos permitan establecer con claridad el tratamiento que las culturas mesoamericanas daban a la ley extraña.

Dentro del área mesoamericana, el Derecho que ha recibido más desarrollo doctrinal ha sido el de los aztecas o mexicas por ser el más documentado. Los mexicas fueron un pueblo conquistador y como tal mantenían su dominio sobre diversos territorios, por lo que resultaría interesante conocer cual era el tratamiento que daban a las leyes de cada uno de los pueblos conquistados.

El afamado historiador Alfredo López Austin elaboró un cuadro en el que explicaba la relación de interdependencia entre los diversos pueblos que se ubicaban dentro del imperio azteca, haciendo referencia al Derecho, a saber:¹

- a) *Pueblos sujetos totalmente a México-Tenochtitlan*, en los cuales regía el Derecho de los mexicas.
- b) *Pueblos sujetos parcialmente a México-Tenochtitlan*, en los que regía su propio Derecho.
- c) *Protegidos*, pueblos independientes, que en calidad de aliados protegía el Estado mexicana y en los cuales regía su propio Derecho.

Los aztecas tenían diversos tipos de tribunales que conocían de asuntos dependiendo de la materia, territorio y cuantía del negocio o incluso dependiendo del estatuto personal de cada persona. En ese tenor, los aztecas contaban con tribunales especializados en dirimir controversias relativas a los *pochtecas* o comerciantes, por actos cometidos en cualquier lugar y sobre cualquier materia.² Lo anterior nos hace suponer que los jueces aplicaban siempre la ley del foro, pero no sabemos si ésta permitía la aplicación de leyes extrañas en ciertos casos.

1.2 La colonia.

En España, antes del descubrimiento de América, se aplicaba el principio de territorialidad absoluta de las leyes, aunque con algunas

¹ LÓPEZ AUSTIN, Alfredo, *La constitución real de México-Tenochtitlan*, México, UNAM, 1961, citado en: GONZÁLEZ, María del Refugio, «Historia del Derecho mexicano», en *Introducción al Derecho mexicano*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1981, p. 16.

² CRUZ BARNEY, Oscar, *Historia del Derecho en México*, Oxford University Press, México, 1999, p. 18.

excepciones, contenido principalmente en las Partidas de Alfonso X el Sabio, recopilación hecha en el siglo XIII del Derecho primitivo de Castilla y las ideas del Derecho romano, en cuya formación se encuentra la notoria influencia de juristas de las Escuelas Italianas. Los juristas españoles, no obstante el Derecho positivo inserto en las Partidas y las posteriores Leyes del Toro, publicadas en 1505, siguieron la práctica, en cuanto a la aplicación de leyes extrañas, de la solución casuística de las doctrinas estatutarias italianas, forzando el texto de la ley para acomodar los mandamientos escritos a esas doctrinas.³

Como parte fundamental de la legislación colonial debemos considerar, además de las leyes de la metrópoli, a las Leyes de Indias, sin embargo, estas solamente trataban problemas locales de aplicación material de la ley, sin contener normas de conflicto que previeran la aplicación de leyes extranjeras, por lo que los conflictos de leyes se regulaban por las disposiciones españolas.⁴

En España se siguió la doctrina estatutaria italiana, hasta la Novísima Recopilación de 1805, cuando la doctrina italiana sufrió modificaciones, luego de cuatro siglos de arraigo, trasladándose a las colonias españolas y luego a las naciones hispanoamericanas. Es entonces cuando se elaboró el proyecto español de Código Civil de 1821, que si bien no llegó a ser ley, siguió las doctrinas de estatuto personal, contenidas en el Código de Napoleón.

1.3 La guerra de independencia

En el primer medio siglo del México independiente se continuaron aplicando las leyes coloniales, hasta la promulgación del Código Civil de 1870.

³ TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *Estudios de Derecho Internacional Privado*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, Estudios Doctrinales 41, México, 1980, pp. 135-138

⁴ *Ibidem*, p. 141.

La única excepción fue el contenido del artículo 21 de la Ley del 30 de enero de 1854 al establecer que los actos públicos notariados en país extranjero surtirían sus efectos ante los Tribunales de la República, sujetos a ciertas condiciones:

Artículo 21. Los contratos y demás actos públicos notariados en país extranjero, surtirán sus efectos ante los Tribunales de la República, siempre que a más de lo lícito de la materia de ellos, y de la aptitud y capacidad de los contrayentes para obligarse, según la ley del país en que aquéllos se celebren, tengan además los siguientes requisitos:

1° Que el contrato no esté prohibido ni aun en cuanto a sus formas adicionales por las leyes de la República;

2° Que en el otorgamiento se hayan observado también las fórmulas del país en que hubieren pasado;

3° Que cuando sobre ellos haya constituida hipoteca de bienes estables en la República, el registro de ley, propio del lugar donde se hallen las fincas, se haya hecho dentro de cuatro meses, respecto de contratos celebrados en los Estados de Europa, de seis en los de Asia y para América otros seis, excepto en los Estados Unidos y los de América Central, que será de tres meses; y

4° Que en el país del otorgamiento se preste igual fuerza y eficacia a los actos y contratos celebrados en territorio de la República.⁵

1.4 El Código Civil del Imperio mexicano

⁵ *Ibidem*, p. 143

Según rescripto del 21 de diciembre de 1865, el Emperador Maximiliano acordó la promulgación sucesiva de las diversas partes del Código Civil del Imperio, por lo que, al concluirse el primer libro, este fue promulgado según decreto del 6 de julio de 1866.

Aceptaba la aplicación del Derecho extranjero en los artículos 5 al 8, en los siguientes términos:

Artículo 5. A todos los habitantes del territorio del imperio obligan las leyes penales y de policía, salvas las exenciones estipuladas en los tratados, o autorizadas por el Derecho de gentes.⁶

Artículo 6. Las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas, son obligatorias a los mexicanos, aun cuando residan en el extranjero, respecto de los actos que deban tener ejecución en todo o en parte en el imperio.⁷

Artículo 7. Los bienes raíces sitos en el territorio del imperio, aunque estén poseídos por extranjeros, se rigen por las leyes mexicanas.⁸

Artículo 8. Las formas o solemnidades de los contratos, testamentos y de todo instrumento público, se regirán por las leyes del país en que se hubieren otorgado, salva en este punto la libertad del mexicano o del extranjero residente fuera del imperio para acomodarse a las formas y

⁶ *Código Civil del Imperio Mexicano*, Imprenta de M. Villanueva, México, 1866, p. 5.

⁷ *Idem.*

⁸ *Idem.*

solemnidades prescritas por la ley mexicana, en los casos en que el acto haya de tener ejecución en el imperio.⁹

Por lo que toca a la prueba del Derecho extranjero, fue el primero en México en exigir expresamente su prueba siguiendo el principio de inferioridad de la ley extraña. Señalaba en su artículo 10:

Artículo 10. El que funde su derecho en leyes extranjeras, deberá presentar al tribunal su texto y probar ser el aplicable al caso.¹⁰

Nótese que el Código imperial admitía el principio de integridad del Derecho extranjero, al señalar que no solamente era menester acreditar el texto de la ley extraña, sino también su aplicación al caso concreto, lo que conlleva acreditar la vigencia, sentido y alcance de la disposición extranjera.

1.5 El Código Civil de 1870

El antecedente primario del Código Civil mexicano de 1870 es el proyecto de Código Civil de 1859, obra que redactó en el Puerto de Veracruz Justo Sierra O'Reilly, por encargo expreso de Benito Juárez. Si bien el proyecto fue concluido en 1861, el estado de guerra que el país presentaba hizo imposible su aprobación formal y entrada en vigor. El proyecto del afamado jurista yucateco se inspiró en el Código Civil Francés de 1804, el Código Albertino de Cerdeña, los Códigos Civiles de Portugal, Austria y Holanda, así como el proyecto del Código Civil español de 1851 de Florencio García

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Idem.*

Goyena.¹¹ Este último proyecto tuvo como antecedente obligado el proyecto español de Código Civil de 1821, así como el propio Código napoleónico.¹²

El proyecto de García Goyena sostenía (a) el estatuto personal para los españoles, respecto de su capacidad y estado civil, aún cuando residieran en el extranjero; (b) el estatuto real, pues los inmuebles, aún poseídos por extranjeros, se regían por las leyes españolas; y (c) el estatuto formal, pues la forma y solemnidades de los contratos, testamentos e instrumentos públicos se regían por la ley de donde se hubiesen otorgado.¹³

Restaurada la república, fue por decreto del 8 de diciembre de 1870, promulgado el día 13 de ese mismo mes y entrando en vigor el 1° de marzo de 1871, cuando se aprobó el Código Civil para el Distrito y Territorios, derogando la legislación aplicable hasta ese entonces. Como hemos señalado, el Código Civil mexicano de 1870 encuentra su más cercana influencia en las escuelas estatutarias francesas del siglo XVIII, sustituyendo la aplicación de la ley nacional con la ley del domicilio, siguiendo las corrientes legislativas iniciadas por el Código de Napoleón.¹⁴

Contiene la misma disposición del artículo 7° del proyecto de García Goyena, pretendiendo la aplicación extraterritorial de la ley mexicana para sus nacionales, pero matizando dicho alcance al agregar la segunda parte del artículo, inspirada en el artículo 24 del Código Civil portugués,¹⁵ limitando su aplicación en cuanto a los actos que debieran ejecutarse en el Distrito Federal y California.

¹¹ SALGADO Y SALGADO, José Eusebio, «Sierra O'Reilly, Justo (1814-1861)», en Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, Editorial Porrúa y UNAM, México, 2006, Tomo IX, p. 641.

¹² TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, pp. 138-139.

¹³ *Ibidem*, pp. 139-140.

¹⁴ *Ibidem*, p. 144

¹⁵ *Idem*.

En materia de obligaciones, el artículo 13 sigue a la escuela estatutaria francesa, al establecer que las obligaciones se rigen por la ley nacional, pero acotando su alcance a los contratos que debieran ejecutarse en el Distrito Federal y California.

El artículo 13 del Código Civil señalaba:

Artículo 13. Las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas, son obligatorias para los mexicanos del Distrito Federal y de la California, aun cuando residan en el extranjero, respecto de los actos que deban ejecutarse en todo o en parte en las mencionadas demarcaciones.¹⁶

Respecto de los inmuebles, el artículo 14 contiene el estatuto real, reproduciendo el artículo 14 del Código de García Goyena,¹⁷ al establecer:

Artículo 14. Respecto de los bienes inmuebles sitios en el Distrito Federal y en la California, regirán las leyes mexicanas, aunque sean poseídos por extranjeros.¹⁸

Contiene la idea de adopción de la ley más favorable al señalar, en el artículo 15, que las formalidades internas de los testamentos mexicanos podían regirse por la ley elegida libremente por el testador cuando se tratara de bienes muebles y que para la forma externa de los contratos celebrados en el extranjero podían adoptarse las formas de la ley del Distrito Federal y California, cuando los actos fueran ejecutados en esos territorios.

Artículo 15. Respecto de la forma o solemnidades externas de los contratos, testamentos y de todo instrumento

¹⁶ VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro, *Nuevo Derecho Internacional Privado*, Editorial Themis, México, 2000, p. 28, Nota 2.

¹⁷ TRIGUEROS SARAIVA, Eduardo, *op. cit.*, p. 145

¹⁸ VÁZQUEZ PANDO, *op. cit.*, p. 28, Nota 2.

público, regirán las leyes del país en que se hubieren otorgado. Sin embargo, los mexicanos o extranjeros residentes fuera del Distrito o de la California, quedan en libertad para sujetarse a las formas y solemnidades prescritas por la ley mexicana, en los casos en que el acto haya de tener ejecución en dichas demarcaciones.¹⁹

Artículo 17. Las obligaciones y derechos que nazcan de los contratos o testamentos otorgados en el extranjero, por mexicanos del Distrito o de la California, se regirán por las disposiciones de este Código, en caso de que dichos actos deban cumplirse en dichas demarcaciones.²⁰

Artículo 18. Si los contratos o testamentos de que habla el artículo anterior, fueren otorgados por un extranjero, y hubieren de ejecutarse en el Distrito o en la California, será libre el otorgante para elegir la ley a que haya de sujetarse la solemnidad interna del acto en cuanto al interés que consista en bienes muebles. Por lo que respecta a los raíces, se observará lo dispuesto en el artículo 14.²¹

Por lo que toca a la prueba del Derecho extranjero, el artículo 19 contiene, de manera muy similar al Código de Maximiliano, la obligación de probar la existencia y aplicación del Derecho extranjero al señalar:

Artículo 19. El que funde su derecho en leyes extranjeras, deberá probar la existencia de éstas y que son aplicables al caso.²²

¹⁹ *Ibidem*, p.29, Nota 2.

²⁰ *Idem*.

²¹ *Idem*.

²² *Idem*.

Sin embargo, habrá de notarse que el Código del Imperio mexicano establecía implícitamente que la ley extranjera se acreditaba primariamente con la exhibición de su texto, siendo que el Código Civil de 1870 no limita su prueba en forma alguna. En ese sentido, este Código es más avanzado que el imperial pues en muchas ocasiones podría probarse una ley extraña sin necesidad de presentar el texto de una disposición, como podría ser a través de una prueba pericial.

1.6 Código Civil de 1884

El Código Civil de 1884 reprodujo las disposiciones contenidas en el Código Civil de 1870, mismas que fueron adoptadas, *mutatis mutandis*, por todos los Estados de la República Mexicana, formándose el Derecho internacional privado decimonónico mexicano.²³

Las obras de Derecho Internacional Privado mexicano de la época, como las de Agustín Verdugo, Francisco J. Zavala, José Algara y Luis Pérez Verdía, así como las principales obras extranjeras, no fueron vistas

...con el debido detenimiento ni por legisladores ni jueces, quienes, en cuanto tienen frente a sí un problema de este tipo, siguen siempre la línea del menor esfuerzo, recurriendo a las soluciones concretas que para el caso propone algún autor cuya idea se amolda a la noción más o menos vaga que se tiene sobre la aplicación del principio de equidad.²⁴

La incompreensión de nuestro Derecho internacional privado llegó al máximo cuando se reformó el artículo 12 del Código Civil de 1884 «por seguridad nacional» y se promulgó en 1917 el artículo 121 Constitucional

²³ TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *op. cit.*, pp. 146-147.

²⁴ *Ibidem*, p. 149.

supliendo al 117 de la Constitución de 1857, planteando «los más complicados problemas» y esbozando «una solución imposible para los conflictos de leyes entre los Estados», por lo que encontramos en nuestra legislación y jurisprudencia «resoluciones absurdas o contradictorias».²⁵

El sistema del Derecho internacional privado, en cuanto a la aplicación formal de la ley extranjera, quedaba conformado de la siguiente manera:

Artículo 12. Las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas, son obligatorias para los mexicanos del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, aun cuando residan en el extranjero, respecto de los actos que deban ejecutarse en todo o en parte en las mencionadas demarcaciones.²⁶

Artículo 13. Respecto de los bienes inmuebles sitios en el Distrito Federal y de la Baja California, regirán las leyes mexicanas aunque sean poseídos por extranjeros.²⁷

Artículo 14. Respecto de la forma o solemnidades externas de los contratos, testamentos y de todo instrumento público, regirán las leyes del país en que se hubieren otorgado. Sin embargo, los mexicanos o extranjeros residentes fuera del Distrito o de la California, quedan en libertad para sujetarse a las formas y solemnidades prescritas por la ley mexicana, en los casos en que el acto haya de tener ejecución en dichas demarcaciones.²⁸

²⁵ *Idem.*

²⁶ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Porrúa, 13ª edición, México, 1999, p. 730.

²⁷ *Idem.*

²⁸ *Idem.*

Artículo 16. Las obligaciones y derechos que nazcan de los contratos o testamentos otorgados en el extranjero, por mexicanos del Distrito y de la California, se regirán por las disposiciones de este Código, en caso de que dichos actos deban cumplirse en las referidas demarcaciones.²⁹

Artículo 17. Si los contratos o testamentos de que habla el artículo anterior, fueren otorgados por un extranjero y hubieren de ejecutarse en el Distrito o en la California, será libre el otorgante para elegir la ley a que haya de sujetarse la solemnidad interna del acto en cuanto al interés que consista en bienes muebles. Por lo que respecta a los raíces, se observará lo dispuesto en el artículo 13.³⁰

Por lo que toca a la prueba del Derecho extraño, el artículo 19 denotaba el territorialismo mexicano a ultranza:

Artículo 19. El que funde su derecho en leyes extranjeras, deberá probar la existencia de éstas y que son aplicables al caso.³¹

De esta forma, en materia de prueba del Derecho extraño, se mantuvo el criterio sostenido en el Código Civil de 1870, señalando la necesidad de probar la ley extranjera, conforme al principio de inferioridad del Derecho extranjero, pero sin limitar la prueba a la norma escrita, como parecía hacerlo el Código de Maximiliano. No obstante lo antes dicho, durante la época del territorialismo absoluto, en México el Derecho extraño se acreditó principalmente exhibiendo el texto de la ley extraña.

²⁹ *Idem.*

³⁰ *Idem.*

³¹ *Ibidem*, p. 731.

A raíz de la dominación española en América por tres siglos, las intervenciones decimonónicas norteamericana y francesa, así como la injerencia de potencias y empresas extranjeras, especialmente norteamericanas e inglesas, durante la gesta revolucionaria de 1910, fue que, hasta bien entrado el siglo XX, las estructuras legales mexicanas mantuvieron un acendrado territorialismo en cuanto a la aplicación y prueba del Derecho extranjero en México. Para quién defendió la teoría del territorialismo señalaba que mediante ese sistema «se aceleró el desempeño de la administración de justicia, no había dilación, en la localización, conocimiento y prueba de la norma jurídica aplicable».³²

Baste como ejemplo del territorialismo absoluto que rigió en México, citar la siguiente tesis dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el caso *Alcérreca*, el 24 diciembre de 1926:

TERRITORIALIDAD DE LA LEY.

Del contexto de los artículos 1o, 15, 27 y 33 de la Constitución, así como de la parte expositiva de la Ley de Relaciones Familiares y de las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, se desprende, de modo terminante, que la legislación nacional se declara en favor de la territorialidad de la ley, y la tiene como un principio protector de la soberanía; y como ese principio de territorialidad está incluido en las disposiciones de la Constitución, relativas a las garantías individuales, es inconcuso que por motivos de interés público, no puede autorizarse la celebración de tratados que alteren esas garantías.³³

³² *Ibidem*, pp. 736-737.

³³ Quinta Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XIX, p. 1142.

Sin embargo, a pesar del territorialismo de la ley, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación interpretó leyes extranjeras, llegando incluso al extremo de emitir tesis en las cuales interpretaba en forma directa la norma extranjera, como es el caso de la siguiente tesis, dictada en el caso *Compañía Minera de Sultepec, S.A.*, el 29 de enero de 1924:

CODIGO CIVIL ESPAÑOL.

Exige a la mujer casada, la autorización del marido, para poder ejercer el comercio.³⁴

La tesis antes transcrita continúa siendo Derecho en México en tanto que se trata de una tesis aislada de la Quinta época de nuestro máximo Tribunal. Sin embargo, la disposición del Derecho español de que se trata se encuentra derogada hace varios años. He ahí la importancia de que cuando se invoca el Derecho extraño, no baste con exhibir el texto de la ley, sino que deba acreditarse que la norma es aplicable al caso concreto y, en especial, que se encuentra vigente.

1.7 Código Civil de 1928

En el proyecto de ley del Código Civil de 1928, se estableció la aplicación de la ley personal como aplicable.³⁵ Sin embargo, ante el temor del intervencionismo de los inversionistas extranjeros, el proyecto inicial fue modificado, decidiéndose la inclusión del territorialismo absoluto en nuestra legislación.³⁶ Curiosamente, la exposición de motivos continuó redactada

³⁴ Quinta Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación, XIV, p. 432.

³⁵ Según Fernando Vázquez Pando, citado por el profesor Silva. Véase SILVA, Jorge Alberto, *Derecho Internacional Privado. Su recepción judicial en México*, Editorial Porrúa, México, 1999, p. 165.

³⁶ Modificación de Ignacio García Téllez, miembro de la Comisión de Revisión. Véase SILVA, Jorge Alberto, *op. cit.*, p. 165.

conforme al proyecto inicial, señalando que el artículo 12 propugnaba por la teoría de la personalidad.

Los artículos del proyecto original eran los siguientes:

Artículo 12. El estado y capacidad de las personas, sus relaciones de familia y los derechos y obligaciones que de ellos emanan, se rigen por su ley personal, a menos que ésta pugne con alguna disposición de orden público.

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

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

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

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

reciprocidad, los extranjeros, en las materias que se trata, quedarán sujetos a las disposiciones de este Código.

Tratándose de mexicanos que residan en el extranjero, las disposiciones de este Código, se tendrán como ley personal a que deben sujetarse para los efectos del presente artículo.³⁷

Artículo 13. Los actos o contratos celebrados en el extranjero y que deben ser ejecutados en el Distrito o en los Territorios Federales, se registrarán, en cuanto a sus consecuencias jurídicas, por las disposiciones de este Código, en todo lo que no hubiere sido expresa y legalmente determinado por los interesados.

El extranjero que en el Distrito o Territorio Federales contrate con mexicanos, tiene la obligación de declarar su estatuto y las incapacidades que conforme a él tuviere. Si no lo hace o declara falsamente, el contratante mexicano que haya procedido de buena fe tiene derecho a que se apliquen las disposiciones de este Código aún tratándose del estado y capacidad del extranjero.³⁸

Artículo 14. El cambio de nacionalidad o de domicilio deja subsistentes las obligaciones válidas anteriormente creadas.³⁹

Artículo 15. Los bienes inmuebles sitos en el Distrito o Territorios Federales, y los bienes muebles que en ellos se

³⁷ VÁZQUEZ PANDO, *op. cit.*, p. 30, Nota 4.

³⁸ *Idem.*

³⁹ *Idem.*

encuentren, se regirán por las disposiciones de este Código aun cuando los dueños sean extranjeros.⁴⁰

Artículo 16. Los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma, se regirán por las leyes del lugar donde pasen. Sin embargo, los mexicanos o extranjeros residentes fuera del Distrito o de los Territorios Federales, quedan en libertad para sujetarse a las formas prescritas por este Código, cuando el acto haya de tener ejecución en las mencionadas demarcaciones.⁴¹

Se ha dicho que el proyecto fue modificado a instancia de la Secretaría de Relaciones Exteriores.⁴² Desde luego, la reforma fue y ha sido duramente criticada por la mayoría de autores, tanto propios como extraños.⁴³

El artículo 12 del Código Civil, identificado como la «cabeza visible»⁴⁴ del territorialismo en México, acusaba el «territorialismo a ultranza»⁴⁵ mexicano:

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ *Idem.*

⁴² Siguiendo a VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro, *op. cit.*, p. 9, nota 6, quien cita a Ignacio GARCÍA TÉLLEZ, *Motivos, colaboración y concordancias del nuevo Código Civil mexicano*, 2ª edición, Editorial Porrúa, México, p. 77. En el mismo sentido Véase ARELLANO GARCÍA, Carlos, *op. cit.*, p. 735, quien cita a José Luis Siqueiros Prieto siguiendo a su vez a Ignacio García Tellez.

⁴³ Baste citar a José Castán Tobeñas, Trinidad García, José Luis Siqueiros Prieto, Guillermo Gallardo Vásquez, Enrique Helguera, Enrique Estrada Aceves y Leonel Pereznieta Castro, anotados como abiertos críticos a las reformas, según VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro, *op. cit.*, p. 9. En sentido contrario, apoyando las reformas y manifestando su «beneplácito» con ellas, Véase ARELLANO GARCÍA, Carlos, *op. cit.*, p. 738.

⁴⁴ Véase SILVA, Jorge Alberto, *op. cit.*, p. 165.

Artículo 12. 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.⁴⁶

Artículo 13. Los efectos jurídicos de los actos y contratos celebrados en el extranjero, que deban ser ejecutados en el territorio de la República, se regirán por las disposiciones de este código.⁴⁷

Artículo 14. Los bienes inmuebles, sitios en el Distrito o territorios federales, y los bienes muebles que en ellos se encuentren, se regirán por las disposiciones de este código, aún cuando los dueños sean extranjeros.⁴⁸

Artículo 15. Los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma, se regirán por las leyes del lugar donde pasen. Sin embargo, los mexicanos o extranjeros residentes fuera del Distrito o de los Territorios Federales, quedan en libertad para sujetarse a las formas prescritas por este Código, cuando el acto haya de tener ejecución en las mencionadas demarcaciones.⁴⁹

⁴⁵ Llamado así por Enrique Helguera, Véase SILVA, Jorge Alberto, *op. cit.*, p. 162.

⁴⁶ VÁZQUEZ PANDO, *op. cit.*, p. 59.

⁴⁷ CONTRERAS VACA, Francisco José, *Derecho Internacional Privado. Parte General*, Oxford University Press, 3ª edición, México, 1998, p. 205, nota 5.

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ *Idem.*

Se defendió la teoría del territorialismo, aduciendo que las ventajas que presentaba este consistían en que no se requiere de búsqueda de textos legales extranjeros, ni legalización o certificación de vigencia de ellos, traducciones o la búsqueda de su interpretación, lo cual hace más ágil la administración de justicia.⁵⁰ Dicha postura ha sido severamente criticada, señalando que no se debe ser injusto en aras de la «comodidad de la judicatura».⁵¹

El artículo 12 del Código Civil, aplicado a rajatabla por los jueces del fuero común, debido a su formación eminentemente positivista, no fue aplicado de manera estricta y consistente por los tribunales federales. Se ha llegado a decir que dicho numeral «de hecho, no fue aceptado, careció de eficacia y prácticamente cayó en desuso», debido a que los tribunales federales «esquivaron su interpretación, o bien, forzaron interpretaciones y evitaron la territorialidad», aunque esas «decisiones judiciales resolvieron más por la intuición, que respaldados en la teoría iusprivatista».⁵²

No obstante, tenemos que el Derecho internacional privado mexicano, cuando de su explicación casuística se trata, tiene como paradigma el afamado caso *Patiño*, en donde la Tercera Sala Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 9 de diciembre de 1959, resolvió bajo la más estricta territorialidad absoluta, desconociendo las situaciones jurídicas válidamente creadas fuera de la República Mexicana.⁵³ La tesis de jurisprudencia resultante fue la siguiente:

ESTADO CIVIL. LEY APLICABLE. TERRITORIALIDAD DE LA LEY.

⁵⁰ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *op. cit.*, pp. 736-737

⁵¹ Véase SILVA, Jorge Alberto, *op. cit.*, pp. 165-166.

⁵² *Ibidem*, pp. 166-167.

⁵³ El caso *Patiño* fue calificado como una de las más lamentables de las resoluciones judiciales de un territorialismo exacerbado. VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro, *op. cit.*, p. 9

Los artículos 12 y 13 del Código Civil establecen que las leyes mexicanas deben aplicarse a todos los habitantes de la República, sean nacionales o extranjeros y a los actos o contratos que, celebrados en el extranjero, deben ser ejecutados en el territorio de la República mexicana. La aplicación de las leyes mexicanas, por lo que respecta a los actos del estado civil, sólo procede en cuanto a los efectos de los mismos, pues en lo relativo a forma, se rigen por las leyes del lugar de su celebración.⁵⁴

Igualmente, en materia de carga de la prueba, el caso *Patiño* demostró el exacerbado territorialismo de nuestras leyes y tribunales:

DERECHO EXTRANJERO, CARGA DE LA PRUEBA DEL.
A quien invoca la aplicación del Derecho extranjero le incumbe la carga de probarlo, supuesto que los jueces mexicanos no son órganos de las leyes extranjeras.⁵⁵

Nótese que la razón por la cual la tesis sostiene que la carga de la prueba del Derecho extraño corresponde a las partes se relaciona más con una cuestión de soberanía que con la falta de accesibilidad y conocimiento del Derecho extranjero que se supone debiera fundamentar las disposiciones territorialistas.

Como hemos señalado antes, los jueces en México, no obstante el texto de la ley procesal, en muchos casos aplicaron el Derecho extranjero aún en contra del texto legal como es el caso de una tesis cuyo ponente fue Mariano Azuela siendo secretario de estudio y cuenta –quien fuera luego Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2003-2006)-,

⁵⁴ Sexta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Cuarta Parte, XXX, p. 124.

⁵⁵ Sexta Época, Instancia Tercera Sala, Fuente Semanario Judicial de la Federación, Cuarta Parte, XXX, p. 120

actualmente Ministro, en donde sostuvo que el Derecho extranjero puede ser considerado un hecho notorio, bajo ciertas circunstancias. Señala la tesis sostenida por la hoy extinta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso *Rodríguez de Gari*, el 21 de julio de 1966, en relación a la legislación de Jalisco:

DERECHO EXTRANJERO. CASO EN QUE NO ES MENESTER PROBAR SU EXISTENCIA. MATRIMONIO EN ESPAÑA (LEGISLACION DEL ESTADO DE JALISCO).

Aun cuando es cierto que el artículo 289 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco declara que el Derecho estará sujeto a prueba cuando se funde en leyes extranjeras, el artículo 292 del propio ordenamiento dispone que los hechos notorios no necesitan ser probados y el Juez puede invocarlos aunque no hayan sido alegados por las partes. Si bien es cierto que desde un punto de vista lógico el concepto de «hecho» es en múltiples aspectos diverso del concepto de «Derecho», la existencia de una institución jurídica o de una especial norma de Derecho en determinado país y en cierta época tiene los caracteres de un hecho histórico, y adquiere los caracteres de hecho notorio cuando su existencia es patente para las personas de cultura media. Nuestra vinculación histórica con España, cuyas leyes rigieron durante una época en nuestro país, la integración de nuestra población por numerosas personas de nacionalidad española original, el conocimiento genérico de la situación de España en los últimos tiempos, explica que para cualquier jurista de cultura media, es una verdad que no necesita prueba la de que en España el matrimonio canónico surte efectos civiles.⁵⁶

⁵⁶ Sexta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Cuarta Parte, CIX, p. 48.

En nuestro concepto, el principio de seguridad jurídica debe ser respetado a toda costa por los juzgadores de forma tal que, ir en contra del texto de la ley, como fue el caso de la tesis anotada entre muchas otras que fueron emitidas en la época del territorialismo absoluto, es incurrir en la anarquía jurídica. Si nuestro texto legal señalaba que el Derecho extranjero debía ser probado, el admitir excepciones fundadas en apreciaciones subjetivas no hacía otra cosa sino restar certidumbre a nuestras leyes. La verdad de las cosas es que los juzgadores, en casos como el que acabamos de describir, resolvieron lo que consideraron «justo» aún cuando fueron en contra del texto y espíritu de la ley, que aunque retrograda, se encontraba vigente.

1.8 Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales.

Antes de la promulgación del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928, la regulación sobre la prueba del Derecho extranjero se encontraba en el artículo 19 del Código Civil de 1884, que a la letra decía:

Artículo 19. El que funde su derecho en leyes extranjeras, deberá probar la existencia de éstas y que son aplicables al caso.⁵⁷

Así las cosas, a partir de la entrada en vigor, el 1° de octubre de 1932, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el artículo 284 recogió el espíritu del artículo 19 del Código Civil de 1884 al señalar:

⁵⁷ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *op. cit.*, p. 731

Artículo 284. Sólo los hechos están sujetos a prueba; y el Derecho únicamente lo está cuando se funde en leyes extranjeras o en usos, costumbres o jurisprudencia.⁵⁸

Tuvieron que pasar 60 años para que la legislación mexicana dejara – aunque en forma incipiente- de exigir la prueba del Derecho extranjero, como lo señalamos en el siguiente apartado. En la actualidad, debido a las reformas que a continuación analizamos, la regulación de la prueba de la ley extraña se encuentra en los artículos 284 y 284 bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que a la letra dicen:

Artículo 284. Sólo los hechos estarán sujetos a prueba, así como los usos y costumbres en que se funde el Derecho.⁵⁹

Artículo 284 bis. El tribunal aplicará el Derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo Derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar la existencia y contenido del Derecho extranjero invocado.

Para informarse del texto, vigencia, sentido y alcance legal del Derecho extranjero, el tribunal podrá valerse de informes oficiales al respecto, pudiendo solicitarlos al Servicio Exterior Mexicano, o bien ordenar o admitir las diligencias probatorias que considere necesarias o que ofrezcan las partes.⁶⁰

⁵⁸ VÁZQUEZ PANDO, *op. cit.*, p. 97.

⁵⁹ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/DISTRITO%20FEDERAL/Codigos/DFCOD03.pdf, al 30 de marzo de 2007.

⁶⁰ *Idem.*

Remitimos al lector de estas páginas al siguiente apartado, en donde estudiamos el contenido de los citados artículos y su interpretación por los tribunales.

1.9 Las reformas de 1988. Hacia un nuevo Derecho Internacional Privado.

En el año de 1968, un grupo de abogados especialistas en Derecho internacional privado, en su mayoría docentes de la materia, constituyeron el Instituto Mexicano de Derecho Internacional Privado, A.C.,⁶¹ ahora denominado Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, A.C., con lo que inició un arduo trabajo en busca del desarrollo de esta disciplina en México, principalmente a través de la organización anual de seminarios nacionales de Derecho internacional privado.

A través de los años, insignes miembros de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, intervinieron muy activamente, no solo en la docencia y en la producción bibliográfica, sino en el ámbito legislativo del Derecho internacional privado mexicano, especialmente mediante su participación en las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado, celebradas bajo los auspicios de la Organización de Estados Americanos. Al amparo de estas Conferencias especializadas, fueron

⁶¹ Baste señalar como fundadores de esa asociación civil a Guillermo Gallardo Vásquez, José Luis Siqueiros Prieto, Julio C. Treviño Azcué, Víctor Carlos García Moreno, F. Jorge Gaxiola Ramos, Jorge Aurelio Carrillo, Ángeles Zurita, Luis Nicolín, Arturo Margalli, Mario Ruiz Moreno, Carlos Arellano García, Víctor González C. y James E. Ritch. VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro, *op. cit.*, p. 13, nota 26.

celebradas la mayoría de las convenciones en la materia de que actualmente México es parte.⁶²

Como consecuencia de la adopción del modelo económico capitalista, el aumento en la inversión extranjera, la revolución tecnológica, la hegemonía política mundial y el acelerado desarrollo de las comunicaciones, aunado al creciente tráfico jurídico internacional que conlleva la apertura comercial de nuestro país y el enorme éxodo de nuestros compatriotas a los Estados Unidos, a partir de la segunda mitad del siglo pasado inició una gradual apertura del marco jurídico mexicano hacia la recepción del Derecho extranjero.

Fue en el año de 1986, durante el X Seminario Nacional de Derecho internacional privado, que la Academia Mexicana de Derecho internacional privado y Comparado presentó a la opinión pública diversos proyectos de reformas al Código Civil para toda la República en materia Federal y para el Distrito Federal en materia común y al Código Federal de Procedimientos Civiles, que, después de un largo proceso de cabildeo ante la Secretaría de Relaciones Exteriores y el Congreso de la Unión, devendrían en lo que fueron las reformas a dichos ordenamientos, publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 7 de enero de 1988.⁶³

La exposición de motivos señala, respecto del artículo 14 del Código Civil para el Distrito Federal:

El nuevo texto del artículo 14 contiene las reglas para la aplicación del Derecho extranjero, en los términos

⁶² Para un análisis exhaustivo del desarrollo de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y sus integrantes véase VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro, *op. cit.*, pp. 13 y ss.

⁶³ Para una relatoría detallada del trabajo de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado y su incidencia en las reformas anotadas, Véase VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro, *op. cit.*, p. 13 y ss.

convenidos con la comunidad internacional interamericana...; se incluye un párrafo final que permite la aplicación de las mismas reglas, cuando se trate del Derecho aplicable de otra entidad de la Federación. En esta forma el precepto es válido en el orden jurídico interno, para resolver sobre el Derecho aplicable de las diversas entidades federativas, y en el orden jurídico internacional, para resolver los problemas relativos a la aplicación de un Derecho extranjero.⁶⁴

El artículo 14 quedó conformado de la siguiente forma:

Artículo 14. 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 allegarse la información necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de dicho Derecho;

II. 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;

III. 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.

⁶⁴ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *op. cit.*, p. 745.

IV. 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; y

V. Cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica estén regulados por diversos Derechos, éstos 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.

Lo dispuesto en el presente artículo se observará cuando resultare aplicable el Derecho de otra entidad de la Federación.⁶⁵

Respecto del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se reformó el artículo 284 a fin de incorporar el principio *iura novit curia* a nuestro sistema probatorio, para quedar como sigue:

Artículo 284. Sólo los hechos estarán sujetos a prueba, así como los usos y costumbres en que se funde el Derecho.⁶⁶

Asimismo, se adicionó el artículo 284 bis, estableciendo el principio de integridad del Derecho extranjero, en cuanto a la forma en que el juez receptor debe aplicarlo y se incluyeron lineamientos para la prueba del mismo:

⁶⁵ Código Civil para el Distrito Federal, al 30 de marzo de 2007 en www.ordenjuridico.gob.mx/Estatado/DISTRITO%20FEDERAL/Codigos/DFCOD01.pdf.

⁶⁶ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en www.ordenjuridico.gob.mx/Estatado/DISTRITO%20FEDERAL/Codigos/DFCOD03.pdf, al 30 de marzo de 2007.

Artículo 284 bis. El Tribunal aplicará el Derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo Derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar la existencia y contenido del Derecho extranjero invocado.

Para informarse del texto, vigencia, sentido y alcance legal del Derecho extranjero, el tribunal podrá valerse de informes oficiales al respecto, pudiendo solicitarlos al Servicio Exterior mexicano, o bien ordenar o admitir las diligencias probatorias que considere necesarias o que ofrezcan las partes.⁶⁷

Con estas reformas, se dio un paso importantísimo en el desarrollo del Derecho internacional privado mexicano, puesto que también se modificó el artículo 86 y se adicionó el artículo 86 bis al Código Federal de Procedimientos Civiles, con lo que se esperaba que todos los estados de la República emularan esas reformas, pero no ha sido así, como veremos más adelante. La reforma mencionada y especialmente la adición del artículo 284 bis, resultó coincidente con el contenido de las convenciones de que México era parte en ese momento en el ámbito de la Organización de Estados Americanos, especialmente la «Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca de Derecho extranjero» y la «Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado»,⁶⁸ mismas que referimos en este trabajo.

⁶⁷ *Idem.*

⁶⁸ Según Fernando Vázquez Pando, la reforma a los artículos 86 y 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles y 284 y 284 bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, tienen su antecedente inmediato en el artículo 2° de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado. Véase: VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro, *op. cit.*, pp. 96-98.

No obstante, se ha criticado la reforma en cuestión, acusando una contradicción entre el artículos 284 y el 284 bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, lo mismo que entre los artículos 86 y 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles, señalando que los artículos 284 y 86 se refieren a que sólo se permitirá *la prueba* de los hechos y no *la prueba* del Derecho –incluyendo el extranjero--, dedicándose los artículos 284 bis y 86 bis a tratar *la prueba* del Derecho extranjero.⁶⁹ En nuestro concepto si bien existe la contradicción apuntada desde el punto de vista literal, no existe desde la óptica doctrinal, pues el relevo que las diversas teorías hacen de la prueba del Derecho extranjero nunca tuvo por principal objeto obviarla en forma absoluta, sino a buscar su aplicación oficiosa. Es decir, el Juez debe allegarse el Derecho extranjero, relevando de prueba a las partes, pero evidentemente que la ley extraña deberá ser acreditada en alguna forma dentro del proceso para cumplir con el requisito de seguridad jurídica.

También habremos de destacar que existe una variación en la redacción final de los artículos 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles y el 284 bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Según algunos autores, es mejor la redacción del primero y la variación apuntada no varía el sentido de ambas normas.⁷⁰ Coincidimos en que es mejor la redacción del Código Federal de Procedimientos Civiles, pero no en que la variación acusada sea intrascendente, especialmente por lo que se refiere al primer párrafo de los referidos artículos. Efectivamente, de una primera lectura de ambos numerales puede darse la impresión de que los cambios son solamente de orden gramatical, pero el primer párrafo del artículo 284 bis del Código

⁶⁹ ARELLANO GARCÍA, Carlos, «La prueba del Derecho extranjero», en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, Facultad de Derecho, Tomo XLVI, septiembre-diciembre 1996, núms. 209-210, México, pp. 25-27 y ARELLANO GARCÍA, Carlos, «Prueba del Derecho extranjero», en *Reflexiones jurídicas*, año 1, octubre-diciembre 1993, núm. 4, Chilpancingo, Guerrero, México, pp. 6-7.

⁷⁰ VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro, *op. cit.*, p. 108, nota 4.

procesal local añade al final del primer párrafo la palabra «invocado» lo cual pudiera interpretarse en el sentido de que existe la necesidad de que las partes invoquen el Derecho extranjero. Dicha interpretación sería incorrecta, como consecuencia de que mediante la reforma iusprivatista de 1988 se reconoció la el principio de aplicación oficiosa del Derecho extranjero.

Si bien las reformas iusprivatistas de 1988 reconocieron el principio *iura novit curia* para el Derecho extranjero, la verdad de las cosas es que los tribunales siguen exigiendo a las partes la carga procesal de invocar la ley extraña, como se demuestra con la siguiente tesis emitida por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en el asunto *Vázquez Fraga*, el 16 de agosto de 1990:

SUCESIONES. LA CARGA DE LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO Y DE LA NO RECIPROCIDAD INTERNACIONAL, INCUMBE A QUIEN PRETENDE EXCLUIR AL HEREDERO NACIDO EN PAIS DIVERSO.

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles y 284 bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se debe probar el Derecho extranjero por la parte que lo invoca. La falta de reciprocidad internacional no puede derivarse de disposiciones aisladas de un ordenamiento extranjero, por lo que es insuficiente que se recabe la copia parcial de un código civil de otro país; asimismo, debe aportarse una constancia de la Secretaría de Relaciones Exteriores que demuestre la falta de reciprocidad internacional entre los gobiernos de México y del otro país, que determinen la posibilidad de que los mexicanos puedan heredar a los extranjeros y estos últimos a los mexicanos, acorde a las disposiciones que rigen en esa materia a ambos estados, atento a lo que establece la fracción IV del artículo 1313 del Código Civil para el Distrito Federal; de igual manera, deben aportarse dictámenes periciales a cargo de profesionales en el Derecho del lugar en donde rige la ley extranjera, certificados por el servicio consular, a

efecto de establecer la forma de aplicación de las normas extranacionales y al no satisfacerse tal carga probatoria, no procede excluir como heredera a una persona de origen extranjero.⁷¹

El mismo criterio sostuvo el propio Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en la tesis aislada dictada en el caso *Vasarhelyi*, una década después, el 12 de junio de 2001:

DERECHO EXTRANJERO. PUNTOS DE CONEXIÓN QUE LO HACEN APLICABLE.

Cuando un acto se celebra en un Estado para tener efectos o ser ejecutado en otro Estado, por la nacionalidad de los sujetos, la ubicación de la cosa o la naturaleza del Derecho o del hecho jurídico de que se trate, tiene que precisarse cuál es el sistema jurídico que lo regula y debe tenerse en cuenta el orden público interno para establecer la naturaleza y alcance del derecho subjetivo del nacional de un Estado que exige una obligación de un nacional de otro Estado, y cuya relación jurídica se creó en un Estado distinto al en que produce sus efectos. En México, el Poder Legislativo ha establecido expresamente una posición soberana que a la vez permite que se aplique el Derecho extranjero en nuestro territorio, siempre que la propia ley prevea la aplicación o que así derive de los tratados y convenciones en que México sea parte; lo que implica desde luego un sentido de reciprocidad y convivencia armónica en la comunidad internacional. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 12 del Código Civil Federal, las leyes mexicanas rigen para todas las personas que se encuentren en territorio nacional, así como para los actos y

⁷¹ Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, VI, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1990, p. 282.

hechos ocurridos en su ámbito territorial, y la aplicación de normas extranjeras sólo se prevé para aquellos casos en que la propia ley así lo determine, salvo lo establecido en los tratados y convenciones en que México sea parte. Esto es, la legislación mexicana admite la aplicación del Derecho extranjero, y primero debe determinarse si se está o no en un caso en que se permita esa aplicación, y demostrado que es aplicable, debe tenerse en cuenta que quien funde su derecho en leyes extranjeras, tiene la carga procesal de probar la existencia de las mismas y que son aplicables al caso. Ello, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 19 del Código Civil Federal y 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles, conforme al cual el derecho que se funda en leyes extranjeras está sujeto a prueba y en ese sentido no opera la regla del sistema jurídico nacional de que el Derecho no es materia de prueba.⁷²

Como hemos señalado a lo largo de este trabajo, en nuestro concepto, las tesis antes transcritas son desafortunadas y no hacen otra cosa sino interpretar en forma torcida los artículos 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles y 284 bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, habida cuenta de que interpretando dichos artículos en forma sistemática con los artículos 86 y 284 que, respectivamente, les preceden, es claro que la intención del legislador fue relevar de prueba al Derecho extranjero integrándolo al nacional y obligando al juzgador a la aplicación del principio *iura novit curia* en ambos casos.⁷³ Tan es así que los propios artículos 86 y 284

⁷² Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XIV, Septiembre de 2001, I.3o.C.261 C, p. 1312.

⁷³ Para los especialistas en Derecho internacional privado ese fue el sentido de la reforma. Jorge Alberto Silva, por ejemplo, señaló: «Con la apertura jurídica habida en México, tras las reformas legislativas de 1988 a los códigos civiles, se eximió a las partes de probar el Derecho extranjero, quedando a cargo del

señalan que el Derecho no está sujeto a prueba, sin que dichas disposiciones distingan entre el nacional y el extranjero. Además, los artículos 86 bis y 284 bis señalan que el tribunal aplicará el Derecho extranjero como se haría en el estado de origen y que el juez puede ordenar el desahogo de las pruebas que estime necesarias para informarse sobre el texto, vigencia, sentido y alcance de la norma extraña, *sin perjuicio*, de las pruebas que las partes ofrezcan, con lo que se denota que la obligación de allegarse de la norma extraña es del juzgador, no de las partes.

Cuando la ley nacional señala el principio *iura novit curia* para la ley extranjera, se supone obligación del juez aplicar ese Derecho y aún de investigar su texto, vigencia, sentido y alcance de la norma extranjera. Los Tribunales mexicanos, desafortunadamente, no han sabido interpretar debidamente los artículos 284 bis del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles y continúan exigiendo la prueba de la ley extraña a cargo de las partes; sin embargo, nótese que las tesis antes transcritas son solamente tesis aisladas, por lo que nada está dicho y es posible todavía encontrar algún tribunal que pueda interpretar correctamente la cuestión.

2. Legislación de los estados

Todos los estados de la República Mexicana adoptaron, cuando su promulgación y prácticamente sin modificaciones, el texto del Código Civil para el Distrito Federal de 1928 y el del Código de Procedimientos Civiles de 1932. Sin embargo, a través de los años, especialmente a raíz de las reformas de 1988 en materia de Derecho internacional privado, algunos estados

juez investigar el contenido y sentido del Derecho aplicable». Fernando Vázquez Pando, por su parte, señala que se «limita la necesidad de prueba del Derecho a los casos en que éste se funde en usos o costumbres», véase VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro, *op. cit.*, p. 97.

comenzaron, durante la década de los noventa, a reformar sus codificaciones en esta materia.

Atendiendo a su contenido, hemos clasificado la legislación estatal en materia de prueba del Derecho extranjero, en tres grupos, a saber: (a) los estados que conservan la aplicación de la teoría de la inferioridad del Derecho extranjero frente al nacional, sin cortapisas, como en los mejores tiempos del territorialismo mexicano, a quienes hemos denominado «tradicionalistas»; (b) los estados que relevan de prueba el Derecho extranjero siempre que su contenido o aplicación no esté controvertido en autos, a quienes denominaremos «moderados»; y (c) los estados que han admitido abiertamente el principio *iura novit curia*, a quienes habremos de denominar «progresistas».

Con el fin de acercar en forma sencilla al lector de este trabajo su contenido, hemos incluido en el apéndice de este texto, el contenido de las disposiciones en materia de aplicación y prueba de Derecho extranjero de cada uno de los estados de la República Mexicana.

2.1 Estados tradicionalistas

De los estados de la República, 23 de ellos continúan pugnando por la inferioridad de la ley extraña, considerando al Derecho extranjero como un hecho en el proceso y exigiendo invariablemente su prueba, al mantener el texto que tenía el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal antes de las reformas iusprivatistas de 1988.

Los estados, que desde nuestro punto de vista se han mantenido en el ostracismo jurídico son: Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Colima, Durango, Guanajuato, Hidalgo, Jalisco, México, Michoacán, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz y Yucatán.

Los casos de Campeche e Hidalgo son de llamar especialmente la atención en cuanto a su anacronismo y retraso cultural jurídico, pues en sus respectivos artículos 286 y 282 de sus propios Códigos de Procedimientos Civiles, respectivamente, no solo exigen la prueba del Derecho extranjero, sino el de otras entidades de la República Mexicana, lo cual es contrario a los principios que deben regir en una federación.

En cuanto a Jalisco, si bien el artículo 289 de su Código de Procedimientos Civiles continúa exigiendo la prueba del Derecho extranjero, con la adición de su artículo 289 bis, emula parte de las reformas de enero de 1988, al reproducir el contenido del artículo 284 bis del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, en relación a la forma de probar la ley extraña.

2.2 Estados moderados

Tan solo 4 estados de la República -Guerrero, Morelos, Sonora y Zacatecas- han optado por establecer una posición intermedia, digamos moderada, frente al debate que nos ocupa. De esos estados encontramos, a su vez, dos tendencias:

- a) Los estados de Guerrero -artículo 267 del Código de Procedimientos Civiles-, Sonora -artículo 258 del Código de Procedimientos Civiles- y Zacatecas -artículo 258 del Código de Procedimientos Civiles-, estableciendo textos prácticamente idénticos y señalando que los hechos no requieren prueba y que por tanto el Derecho extranjero sólo requiere su comprobación cuando se controvierta su existencia o aplicación. Además, reconocen la aplicación de la máxima de experiencia en el caso de que el juzgador conozca el Derecho extranjero de que se trate, relevando a las partes de su carga probatoria. Permiten al juzgador investigar el contenido de la ley extraña en forma discrecional.

- b) En el caso de Morelos, el artículo 384 dispone también que el Derecho extranjero deberá probarse cuando se controvierta su existencia o aplicación, agregando solamente que el Tribunal recibirá los informes oficiales que las partes obtengan del Servicio Exterior Mexicano.

Consideramos que la posición adoptada por estos estados es insuficiente para aplicar el Derecho extranjero con justicia, dado que continúa asimilando la ley extraña a un hecho, considerando probada la misma en atención al adagio de que «a confesión de parte relevo de prueba».⁷⁴ En nuestra opinión no puede dejarse al arbitrio de las partes el establecer el contenido de las leyes extranjeras, pues si nuestra legislación ordena que se resuelva una controversia en base a un Derecho extranjero, ello no quiere decir que sea válido hacerlo en base al Derecho como lo alegue una de las partes y la otra lo consienta, pues se prestaría a cometer fraude a la ley siempre que una parte invoque equivocadamente ese Derecho y la otra no lo controvierta. Es menester que sea el juzgador quien, en todo caso, valore íntegramente el Derecho extranjero, es decir, en cuanto a su texto, vigencia, sentido y alcance legal, para alcanzar en verdad la solución justa y equitativa que el legislador previno al establecer la aplicación de la ley extraña, evitando así cualquier fraude a la ley.

Respecto de la facultad potestativa que se otorga al juez para que releve a las partes de probar el Derecho extranjero cuando lo conoce, hemos señalado al abordar el principio de máxima de experiencia y hecho notorio, en el capítulo segundo, que la máxima de experiencia no debe utilizarse habida cuenta de que las partes no pueden controlar su exactitud, ni es previsible. En nuestro concepto, como pilar del principio de seguridad jurídica, la ley extranjera, si bien debe ser considerada un hecho notorio al estar al alcance de las partes y del juzgador, debe constar debidamente acreditada dentro del

⁷⁴ Esta teoría es aceptada en Argentina, Cfr. DE SANTO, Víctor, *La prueba judicial: teoría y práctica*, 2ª edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994, p. 65.

proceso en el que se aplicada con el fin de evitar su aplicación inexacta o arbitraria.

En cuanto a que el juzgador tendrá la facultad, si lo prefiere, de investigar directamente el Derecho extranjero, también nos parece una solución insuficiente, pues, en aras de alcanzar un verdadero viso de justicia, debiera ser obligatorio que el juez ejerciera esa facultad.

En el caso de Morelos, pareciera que el legislador pretendió limitar la prueba del Derecho extranjero solamente a los informes del Servicio Exterior Mexicano, lo cual nos parece una limitación innecesaria, habida cuenta de que existe una buena diversidad de métodos para acreditar la ley extranjera, como lo analizamos en el capítulo segundo de este trabajo.

2.3 Estados progresistas

A la vanguardia de la Nación, en materia de prueba de Derecho extranjero, se ubican 5 estados de la República: Coahuila -artículo 417 del Código de Procedimientos Civiles-, Nuevo León -artículo 225 del Código de Procedimientos Civiles- Querétaro -artículo 272 bis del Código de Procedimientos Civiles-, Tabasco -artículo 232 del Código de Procedimientos Civiles- y el Distrito Federal -artículos 284 y 284 bis del Código de Procedimientos Civiles-.

Todos ellos adoptaron, *mutatis mutandis*, el texto de los artículos 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles y 284 bis del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, producto de las reformas iusprivatistas de 1988, reconociendo el principio de aplicación oficiosa de la ley extranjera, y señalando que el juzgador aplicará la ley extraña tal y como lo harían los jueces del Estado cuyo Derecho resulte aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar su existencia y contenido. Señalan igualmente que, para informarse del texto, vigencia, sentido y alcance legal del Derecho extranjero, el juzgador *podrá* valerse de informes oficiales que rindan

funcionarios facultados del Servicio Exterior Mexicano, o bien ordenar las diligencias probatorias que estime necesarias, o admitir las que ofrezcan las partes.

Nuevo León, en un artículo simple y bien redactado, supo plasmar el principio *iura novit curia*, sin dar lugar a interpretaciones torcidas ni limitar en forma alguna los medios de prueba del Derecho extranjero, al señalar en el artículo 225 de su Código de Procedimientos Civiles:

Artículo 225. Sólo los hechos están sujetos a prueba. El Derecho extranjero lo verificará y aplicará de oficio el juzgador, sin perjuicio de que las partes coadyuven al logro de esa información.⁷⁵

Nos interesa recalcar la importancia del dispositivo neoleonés tomando en cuenta la interpretación limitada y errónea que, en nuestro concepto, los tribunales han hecho de los artículos 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles y 284 bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en el sentido de que todavía reservan la carga de la prueba del Derecho extraño a las partes. La sencilla redacción del artículo 225 del Código de Procedimientos de Nuevo León no deja lugar a dudas respecto del plano de igualdad que su legislador imprimió al Derecho nacional y al extranjero. Resultaría muy interesante conocer la forma en que los jueces de Nuevo León han aplicado el precepto en cita, si lo han hecho, y de que manera se han allegado del Derecho extranjero. Lamentablemente, aún cuando hemos litigado en dicha entidad no contamos aún con ninguna referencia al respecto.

⁷⁵ Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/NUEVO%20LEON/Codigos/NLCod5.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

3. Legislación federal.

3.1 Código Federal de Procedimientos Civiles

El Código Federal de Procedimientos Civiles, aplicable supletoriamente a diversos ordenamientos federales, como lo son las leyes mercantiles, la ley de amparo o las leyes fiscales, sostuvo, desde su promulgación en el Diario Oficial de la Federación del 24 de febrero de 1943, el territorialismo a ultranza que caracterizaba a la época, por lo que exigía la prueba del Derecho extranjero.

A partir de las reformas iusprivatistas de 1988, se reformó el artículo 86 y se adicionó el artículo 86 bis, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 12 de enero de 1988, con lo que se reconoció el principio *iura novit curia* al establecer:

Artículo 86. Sólo los hechos estarán sujetos a prueba, así como los usos y costumbres en que se funde el Derecho.⁷⁶

Asimismo, se adicionó el artículo 86 bis, estableciendo el principio de integridad del Derecho extranjero, en cuanto a la forma en que el juez receptor debe aplicarlo y se incluyeron lineamientos para la prueba del mismo:

Artículo 86 bis. El tribunal aplicará el Derecho extranjero tal como lo harían los jueces o tribunales del Estado cuyo Derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar la existencia y contenido del Derecho extranjero.

⁷⁶ Código Federal de Procedimientos Civiles, al 30 de marzo de 2007 en www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Codigos/24021943.pdf.

Para informarse del texto, vigencia, sentido y alcance del Derecho extranjero, el tribunal podrá valerse de informes oficiales al respecto, los que podrá solicitar al Servicio Exterior Mexicano, así como disponer y admitir las diligencias probatorias que considere necesarias o que ofrezcan las partes.⁷⁷

La adición de este artículo al Código Federal de Procedimientos Civiles, resultó coincidente con el contenido de las convenciones de que México era parte en ese momento en el ámbito de la Organización de Estados Americanos, especialmente la «Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca de Derecho extranjero» y la «Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado», mismas que analizamos más adelante.

Los tribunales federales de la nación han sostenido desde entonces, en los asuntos de índole federal en donde resulta aplicable el Código Federal de Procedimientos Civiles, que la *demonstración* del Derecho extranjero se funda en lo dispuesto en el Código Federal de Procedimientos Civiles y las Convenciones de que México es parte. Véase la siguiente tesis, emitida por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito en el asunto *Cortina del Valle*, el 18 de octubre de 2001:

DERECHO EXTRANJERO. PARA DEMOSTRARLO RESULTA APLICABLE LO DISPUESTO EN LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE PRUEBA E INFORMACIÓN ACERCA DEL DERECHO EXTRANJERO, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL VEINTINUEVE DE ABRIL DE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y TRES.

De la interpretación sistemática de los artículos 14, fracción I, del Código Civil Federal; 86 bis del Código Federal de

⁷⁷ *Idem.*

Procedimientos Civiles, y de la exposición de motivos del decreto publicado el doce de enero de mil novecientos noventa y ocho (sic), que adicionó el segundo de esos preceptos, se desprende que para probar el Derecho extranjero son atendibles las convenciones internacionales en donde México ha sido parte integrante, al formar éstas parte del Derecho nacional, en términos de lo dispuesto en el artículo 133 constitucional. Sobre el particular, destaca la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, firmada en Montevideo, Uruguay, el ocho de mayo de mil novecientos setenta y nueve, y publicada en el órgano oficial informativo de la Federación el veintinueve de abril de mil novecientos ochenta y tres, de cuyos artículos 1o. y 3o. se advierte la existencia de la cooperación entre los Estados-partes de ese convenio con la finalidad de obtener con mayor facilidad y menor tiempo los elementos de prueba idóneos e información acerca de un Derecho extranjero de un país que tenga que aplicarse en otro, los elementos de prueba idóneos y la información acerca del Derecho extranjero requerido para ser aplicado a un determinado caso, siendo éstos, entre otros de la misma naturaleza: a) El documento consistente en copia certificada de textos legales con indicación de su vigencia o precedentes judiciales; b) La prueba pericial consistente en dictámenes de abogados o expertos en la materia; y, c) Los informes del Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su Derecho sobre determinados aspectos. Cabe destacar que los dos primeros presupuestos a probar están dirigidos a la parte que invoca el Derecho extranjero, los que se estiman esenciales para que el Juez de instrucción tenga todos los elementos necesarios para establecer la forma de aplicación de las normas extranacionales, y el último está encauzado a las autoridades jurisdiccionales,

quienes podrán solicitar los informes que ahí se refieren, según lo establecido en el citado artículo 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles; no siendo este presupuesto determinante para acreditar el Derecho extranjero y su aplicación, dado que es una potestad del órgano jurisdiccional ejercerla o no, según su arbitrio judicial.⁷⁸

Respecto de esta tesis, en primer término debemos destacar que la aplicación de la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero es aplicable únicamente entre Estados que son parte de la citada Convención, pues pareciera que la tesis transcrita se refiere a que en México, en todo caso, los juzgadores deben aplicar el tratado de mérito, lo cual sería incorrecto.

El propio Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en el mismo asunto *Cortina del Valle*, emitió la siguiente tesis:

DERECHO EXTRANJERO. SU DEMOSTRACIÓN EN JUICIO CORRESPONDE A LAS PARTES, Y AL TRIBUNAL MEXICANO LA POTESTAD DE VERIFICAR SU TEXTO, VIGENCIA, SENTIDO Y ALCANCE, PARA LO CUAL DEBE ATENDERSE A LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES EN LAS QUE EL ESTADO MEXICANO HA SIDO PARTE.

Del examen sistemático de los artículos 14, fracción I, del Código Civil Federal y 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles, y de la exposición de motivos del decreto publicado el doce de enero de mil novecientos noventa y ocho (sic), que adicionó el segundo de esos preceptos, se desprende precisada en forma clara la

⁷⁸ Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XV, Abril de 2002, Tesis I.3o.C.303 C, p. 1248

manera de aplicar el Derecho extranjero por un tribunal mexicano, al señalar que el tribunal que conozca del asunto lo hará como lo harían los Jueces y tribunales del Estado cuyo Derecho resulte aplicable, no sin antes ser probado en juicio; y respecto de este último punto, que corresponde a las partes allegar al Juez natural el Derecho extranjero invocado y proporcionar los elementos de donde pueda deducirse el texto, vigencia, sentido y alcance de ese Derecho, otorgando facultades al tribunal para que, de estimarlo necesario, pueda valerse de informes oficiales a través del Servicio Exterior Mexicano o de las convenciones en que el Estado mexicano sea parte, para corroborar con exactitud los datos que preceden, a fin de dar certeza jurídica a sus determinaciones. Además, de la citada exposición de motivos se advierte que el legislador incorporó al Código Federal de Procedimientos Civiles normas generales de orden internacional que forman parte del sistema jurídico mexicano, en términos del artículo 133 de la Constitución Federal, con el fin de facilitar la aplicación del Derecho extranjero en el país, al estimar que son insuficientes para regular adecuadamente las cuestiones del Derecho internacional privado las disposiciones contenidas en ese código, lo que permite concluir que para la solución exacta de esas cuestiones y, en particular, para probar el Derecho extranjero, debe atenderse a las convenciones internacionales que el Estado mexicano ha suscrito, al formar éstas parte del Derecho nacional.⁷⁹

⁷⁹ Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XV, Marzo de 2002, I.3o.C.302 C, p. 1326.

Como hemos venido señalado a lo largo de este trabajo, en nuestro concepto, la tesis antes transcrita es desafortunada y no hace otra cosa sino interpretar en forma torcida el artículo 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles, habida cuenta de que interpretando dicho artículo en forma sistemática con el artículo 86 que le precede, es claro que la intención del legislador fue relevar de prueba al Derecho extranjero integrándolo al nacional y obligando al juzgador a la aplicación del principio *iura novit curia* en ambos casos. Tan es así que el propio artículo 86 señala que el Derecho no está sujeto a prueba, sin que distinga entre el nacional y el extranjero. Además, el artículo 86 bis señala que el tribunal aplicará el Derecho extranjero como se haría en el Estado de origen y que el juez puede ordenar el desahogo de las pruebas que estime necesarias para informarse sobre el texto, vigencia, sentido y alcance de la norma extraña, *sin perjuicio*, de las pruebas que las partes ofrezcan, con lo que se denota que la obligación de allegarse de la norma extraña es del juzgador, no de las partes.

Cuando la ley nacional señala el principio *iura novit curia* para la ley extranjera, se supone obligación del juez aplicar ese Derecho y aún de investigar su texto, vigencia, sentido y alcance de la norma extranjera. Los tribunales mexicanos, desafortunadamente, no han sabido interpretar debidamente los artículos 284 bis del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles y continúan exigiendo la prueba de la ley extraña a cargo de las partes. Respecto a los tratados internacionales, insistimos en que su aplicación es obligatoria en los términos mismos del tratado y entre los Estados parte, nunca ante terceros Estados. Nótese que la tesis antes transcrita es solamente una tesis aislada.

3.2 Código de Comercio

Para desgracia del Derecho iusprivatista mexicano, el centenario Código de Comercio continúa con el texto vigente durante el territorialismo decimonónico nacional, señalando en su artículo 1197:

Artículo 1197. Sólo los hechos están sujetos a prueba: el Derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras: el que las invoca debe probar la existencia de ellas y que son aplicables al caso.⁸⁰

Parece inconcebible que el Código de Comercio, siendo la materia mercantil una de las que mayor tráfico jurídico internacional reviste para México, continúe sosteniendo el principio de inferioridad del Derecho extranjero, cuando el Código Federal de Procedimientos Civiles y las Convenciones internacionales de que México es parte van en dirección contraria reconociendo el principio *iura novit curia*.

Es urgente que el Código de Comercio sea reformado en el citado artículo 1197, adoptándose el texto de los artículos 86 y 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles.

4. Tratados internacionales.

4.1 Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca de Derecho Extranjero

⁸⁰ Código de Comercio, al 30 de marzo de 2007, en www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PE/APF/FIDEICO/SHCP/Codigos/03121889.pdf.

La Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca de Derecho Extranjero fue celebrada el 8 de mayo de 1979, en el marco de la Segunda Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado de la Organización de Estados Americanos, celebrada en Montevideo, Uruguay.

México suscribió, ad referendum, la Convención el 3 de agosto de 1982. Fue aprobada por el Congreso de la Unión el 21 de enero de 1983. El instrumento de ratificación respectivo fue depositado en la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos el 9 de marzo de 1983. La Convención fue publicada en el Diario Oficial de la Federación del 29 de abril de 1983.⁸¹

El objeto de la Convención fue establecer normas sobre la cooperación internacional entre los Estados parte para la obtención de elementos de prueba e información acerca del Derecho de cada uno de ellos. Las autoridades de cada uno de los Estados parte proporcionaran a las autoridades de los demás que lo solicitaren, los elementos probatorios o informes sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su Derecho. La cooperación internacional en la materia de que trata esta Convención se prestará por cualquiera de los medios de prueba idóneos previstos, tanto por la ley del Estado requerido como por la del Estado requirente.

La propia convención, en su artículo 3, señala cuales son los medios de convicción del Derecho extranjero, a saber:

- a) La prueba documental, consistente en copias certificadas de textos legales con indicación de su vigencia, o precedentes judiciales;
- b) La prueba pericial, consistente en dictámenes de abogados o expertos en la materia; y

⁸¹ Diario Oficial de la Federación del 29 de abril de 1983.

- c) Los informes del Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su Derecho sobre determinados aspectos, mismos que podrán ser solicitados por las autoridades jurisdiccionales de los Estados partes.⁸²

Dichos medios de prueba no son limitativos, pues el propio artículo 3 de la Convención señala que los referidos medios probatorios, «entre otros», se considerarán idóneos a los efectos de la Convención. De igual forma, el primer párrafo del artículo 3 de la Convención señala que la cooperación internacional en la materia del tratado internacional se prestará «por cualquiera de los medios de prueba idóneos previstos, tanto por la ley del Estado requirente, como por la del Estado requerido».⁸³

El artículo 4 de la Convención señala que las autoridades jurisdiccionales de los Estados parte podrán solicitar los informes a que se refiere el inciso c) del artículo 3, consistentes en los informes del Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su Derecho sobre determinados aspectos. El Estado que rinda estos informes no será responsable por la opinión emitida ni estará obligado a aplicar o hacer aplicar el Derecho según el contenido de la respuesta proporcionada. Por su parte, el Estado que recibe los informes referidos no estará obligado a aplicar o hacer aplicar el Derecho según el contenido de la respuesta recibida.⁸⁴

En México, los tribunales federales han sostenido que la *demonstración* del Derecho extranjero se funda en lo dispuesto en el Código Federal de Procedimientos Civiles y las Convenciones de que México es parte. Véase la siguiente tesis, emitida por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito en el asunto *Cortina del Valle*, el 18 de octubre de 2001:

⁸² Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, al 30 de marzo de 2007 en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derecho%20Internacional2/TD11.pdf>.

⁸³ *Idem*.

⁸⁴ *Idem*.

DERECHO EXTRANJERO. PARA DEMOSTRARLO RESULTA APLICABLE LO DISPUESTO EN LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE PRUEBA E INFORMACIÓN ACERCA DEL DERECHO EXTRANJERO, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL VEINTINUEVE DE ABRIL DE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y TRES.

De la interpretación sistemática de los artículos 14, fracción I, del Código Civil Federal; 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles, y de la exposición de motivos del decreto publicado el doce de enero de mil novecientos noventa y ocho (sic), que adicionó el segundo de esos preceptos, se desprende que para probar el derecho extranjero son atendibles las convenciones internacionales en donde México ha sido parte integrante, al formar éstas parte del derecho nacional, en términos de lo dispuesto en el artículo 133 constitucional. Sobre el particular, destaca la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, firmada en Montevideo, Uruguay, el ocho de mayo de mil novecientos setenta y nueve, y publicada en el órgano oficial informativo de la Federación el veintinueve de abril de mil novecientos ochenta y tres, de cuyos artículos 1o. y 3o. se advierte la existencia de la cooperación entre los Estados-partes de ese convenio con la finalidad de obtener con mayor facilidad y menor tiempo los elementos de prueba idóneos e información acerca de un derecho extranjero de un país que tenga que aplicarse en otro, los elementos de prueba idóneos y la información acerca del derecho extranjero requerido para ser aplicado a un determinado caso, siendo éstos, entre otros de la misma naturaleza: a) El documento consistente en copia certificada de textos legales con indicación de su vigencia o precedentes judiciales; b) La

prueba pericial consistente en dictámenes de abogados o expertos en la materia; y, c) Los informes del Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su derecho sobre determinados aspectos. Cabe destacar que los dos primeros presupuestos a probar están dirigidos a la parte que invoca el derecho extranjero, los que se estiman esenciales para que el Juez de instrucción tenga todos los elementos necesarios para establecer la forma de aplicación de las normas extranacionales, y el último está encauzado a las autoridades jurisdiccionales, quienes podrán solicitar los informes que ahí se refieren, según lo establecido en el citado artículo 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles; no siendo este presupuesto determinante para acreditar el derecho extranjero y su aplicación, dado que es una potestad del órgano jurisdiccional ejercerla o no, según su arbitrio judicial.⁸⁵

De la tesis antes transcrita, como hemos señalado antes, se desprende que los jueces no están obligados a solicitar los informes del Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su Derecho sobre determinados aspectos, lo cual nos parece un desacierto, ya que una interpretación sistemática de los artículos 14, fracción I, del Código Civil Federal y artículos 86 y 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles establecen el principio *iura novit curia* para el Derecho extranjero. Así las cosas, consideramos que es obligación del juzgador solicitar los informes del Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su Derecho sobre determinados aspectos, cuando dichos extremos no se hubiesen demostrado con las pruebas ofrecidas por las partes.

⁸⁵ Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XV, Abril de 2002, Tesis I.3o.C.303 C, p. 1248

Ahora bien, la tesis referida pareciera que se refiere a que, en todo caso, el Derecho extranjero deberá acreditarse en términos de la Convención en comento. Sin embargo, habrá de tomarse en cuenta que la misma solamente es aplicable para los casos en que el Derecho a aplicar corresponda a un Estado parte de la Convención, pues solamente en estos casos es aplicable el tratado. Al respecto, es importante destacar que la Convención no restringirá las disposiciones de otras Convenciones que en esta materia hubieren sido suscritas o que se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados parte, o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieran observar.

Son parte de la convención, entre los Estados parte de la Organización de Estados Americanos: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Perú, Uruguay⁸⁶ y Venezuela. La Convención entró en

⁸⁶ Uruguay efectuó la siguiente reserva:

«Alcance que le otorga al Orden Público:

»La República Oriental del Uruguay manifiesta que ratifica de modo expreso la línea de pensamiento sostenida en Panamá –CIDIP I– reafirmando su acendrado espíritu panamericanista y su decisión clara y positiva de contribuir con sus ideas y su voto, al efectivo desenvolvimiento de la comunidad jurídica. Esta línea de pensamiento y conducta ha quedado patentizada en forma indubitable con la ratificación sin reservas por parte del Uruguay de todas las Convenciones de Panamá aprobadas por Ley No. 4.534 del año 1976.

»En concordancia con lo que antecede, la República Oriental del Uruguay da su voto afirmativo a la fórmula del orden público, sin perjuicio de dejar expresa y claramente señalado, de conformidad con la posición sustentada en Panamá, que, según su interpretación acerca de la prealudida excepción, ésta se refiere al orden público internacional, como un instituto jurídico singular, no identificable necesariamente con el orden público interno de cada Estado.

»Por consecuencia, a juicio de la República Oriental del Uruguay, la fórmula aprobada comporta una autorización excepcional a los

vigor el 14 de junio de 1980, para los Estados parte que la habían ratificado a esa fecha.

Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Haití, Honduras, Panamá y República Dominicana signaron la convención, pero no la ratificaron, por lo que no se encuentra en vigor en dichos Estados.

España, a pesar de que no es miembro de la Organización de Estados Americanos, se adhirió a la Convención en fecha 11 de diciembre de 1987, en términos del artículo 13 del propio tratado.

En términos del artículo 5 de la Convención, las solicitudes sobre el Derecho de otro Estado parte deberán contener lo siguiente:

- a) Autoridad de la que provienen y naturaleza del asunto;
- b) Indicación precisa de los elementos probatorios que se solicitan;
- c) Determinación de cada uno de los puntos a que se refiera la consulta con indicación del sentido y alcance de la misma, acompañada de una exposición de los hechos pertinentes para su debida comprensión.⁸⁷

La autoridad requerida deberá responder a cada uno de los puntos consultados conforme a lo solicitado y en la forma más completa posible. Las solicitudes serán redactadas en el idioma oficial del Estado requerido o serán acompañadas de una traducción a dicho idioma. La respuesta será redactada en el idioma del Estado requerido.

distintos Estados Partes para que en forma no discrecional y fundada, declaren no aplicables los preceptos de la ley extranjera cuando éstos ofendan en forma concreta, grave y manifiesta, normas y principios esenciales de orden público internacional en los que cada Estado asiente su individualidad jurídica.»

⁸⁷ Diario Oficial de la Federación del 29 de abril de 1983.

Cada Estado Parte quedará obligado a responder las consultas de los demás Estados Partes conforme a esta Convención a través de su *autoridad central*, la cual podrá transmitir dichas consultas a otros órganos del mismo Estado. En el caso de México, la autoridad central, para los efectos de esta Convención, es la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Las solicitudes a que se refiere esta Convención podrán ser dirigidas directamente por las autoridades jurisdiccionales o a través de la autoridad central del Estado requirente, a la correspondiente autoridad central del Estado requerido, sin necesidad de legalización. La autoridad central de cada Estado Parte recibirá las consultas formuladas por las autoridades de su Estado y las transmitirá a la autoridad central del Estado requerido.

4.2 Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado

La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado fue celebrada el 8 de mayo de 1979, en el marco de la Segunda Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado de la Organización de Estados Americanos, celebrada en Montevideo, Uruguay.

México firmó la Convención, ad referendum, el 3 de agosto de 1982. Fue aprobada por la Cámara de Senadores el 10 de diciembre de 1982, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 13 de enero de 1983. El instrumento de ratificación fue depositado, ante la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, el 19 de abril de 1984. La Convención

fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de septiembre de 1984.⁸⁸

El objeto de la Convención fue determinar la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con Derecho extranjero de los estados parte.

El artículo 2° de la Convención señaló la forma en que los jueces y autoridades de los Estados parte deben aplicar el Derecho extranjero de otro Estado parte del tratado, al señalar:

Artículo 2o. 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.⁸⁹

Dicho texto fue adoptado, en las reformas iusprivatistas de enero de 1988 al ser incluido, *mutatis mutandis*, en los textos de los artículos 284 bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Sin embargo, México formuló una reserva al tratado al señalar que el artículo 2° crea una obligación para México únicamente cuando ante el juez o autoridad se ha comprobado la existencia del Derecho extranjero o sus términos son conocidos para ellos de alguna otra manera.

Son parte de la Convención, entre los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos: Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador,

⁸⁸ Diario Oficial de la Federación del 21 de septiembre de 1984.

⁸⁹ Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, al 30 de marzo de 2007 en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derecho%20Internacional2/TD8.pdf>.

Guatemala, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. La Convención entró en vigor el 10 de junio de 1981, para los Estados parte que la habían ratificado a esa fecha.

Bolivia, Chile, Costa Rica, El Salvador, Haití, Honduras, Panamá y República Dominicana signaron la convención, pero no fue ratificada, por lo que no se encuentra en vigor en dichos Estados.

4.3 Convención Europea sobre Información relativa al Derecho Extranjero

La Convención Europea sobre Información relativa al Derecho Extranjero (*European Convention on Information on Foreign Law*) fue adoptada en Londres, el 7 de junio de 1968, al amparo del Consejo de Europa, con motivo de la V Conferencia de Ministros de Justicia. Fue preparada por un Comité de Expertos establecido especialmente para este propósito por el Comité Europeo de Cooperación Legal.

Aprobada por la Cámara de Senadores el 31 de octubre de 2002, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 2 de diciembre 2002, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de junio de 2003. El instrumento de adhesión, firmado por el Ejecutivo Federal el 3 de febrero de 2003, fue depositado ante el Secretario General del Consejo de Europa, el 21 de febrero del 2003.

Son parte de la Convención, entre los Estados miembros del Consejo de Europa: Albania, Austria, Azerbaijón, Bélgica, Bulgaria, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Latvia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Moldovia, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, Rumania, Rusia, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suiza, Suecia, ex Yugoslavia y República de Macedonia, Turquía, Ucrania, Reino Unido, Belarús, Costa Rica y Montenegro.

La Convención entró en vigor el 17 de diciembre de 1969, para los Estados parte que la habían ratificado a esa fecha.

Entre los Estados que no son miembros del Consejo de Europa, son parte de la Convención: Belarús, Costa Rica, México y Montenegro.

Andorra, Armenia, Bosnia Herzegovina, Croacia, Irlanda, Mónaco, San Marino y Marruecos, Estados que no son miembros del Consejo de Europa, signaron la convención, pero no fue ratificada, por lo que no se encuentra en vigor en dichos Estados.

El objeto de la Convención fue establecer un sistema de asistencia mutua internacional con miras a facilitar la obtención, por las autoridades judiciales, de información sobre el Derecho extranjero. Los Estados parte se obligan a proporcionarse, conforme a las disposiciones de la propia Convención, datos concernientes a su legislación y procedimiento en el ámbito civil y mercantil, así como de la organización judicial. La información sobre el Derecho de cada estado incluye la información sobre Derecho que pudiese no estar vigente el momento de la solicitud de la información, como ha sido señalado en el documento explicatorio de los artículos de la Convención, preparado por el Comité de Expertos que la redactó.⁹⁰

Para la aplicación de la Convención, cada Estado parte designará una autoridad única, denominada *autoridad receptora*, para recibir las solicitudes de información y para dar curso a las mismas. También cada Estado podrá designar una autoridad *transmisora*, encargada de recibir las solicitudes de información provenientes de las autoridades judiciales y de transmitir las a la autoridad receptora extranjera competente. La autoridad transmisora puede ser designada como autoridad receptora. México designó al Director General de

⁹⁰ European Committee on Legal Co-operation, *European Convention on Information on Foreign Law. Explanatory report*, documento electrónico visible en <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/HTML/062.htm>, al 21 de marzo de 2007.

Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Relaciones Exteriores como autoridad receptora, sin que hubiese designado autoridad transmisora. La solicitud de información será transmitida directamente a la autoridad receptora del Estado requerido, por una autoridad transmisora o, en ausencia de tal autoridad, por la autoridad judicial de la cual emane la misma.⁹¹

En términos del artículo 3° de la Convención, la solicitud de información deberá siempre emanar de una autoridad judicial, incluso en el caso de que no hubiera sido formulada por ésta. Cuando la solicitud no fuere formulada por una autoridad judicial, será acompañada de la decisión de ésta que la hubiera autorizado. En términos de esta disposición, es posible que un tribunal arbitral solicite información sobre Derecho extranjero, a través de una autoridad judicial, como ha sido señalado en el documento explicatorio de los artículos de la Convención, preparado por el Comité de Expertos redactor del tratado.⁹²

Sólo podrá realizarse la solicitud de información cuando el procedimiento en donde se requiera la información hubiese sido iniciado. Es importante destacar que el procedimiento referido puede ser contencioso o no contencioso, como ha sido señalado en el documento explicatorio de los artículos de la Convención, preparado por el Comité de Expertos que la redactó. De esta forma, en nuestra opinión, la información podría ser solicitada por un juez mexicano dentro de diligencias de jurisdicción voluntaria.

En la solicitud de información deberá indicarse la autoridad judicial de la cual emane, así como la naturaleza del asunto. Esta deberá precisar, de la manera más exacta posible, los puntos sobre los cuales se solicite la información referente a la legislación del Estado requerido y, en caso de que existieran varios sistemas jurídicos en el país requerido, el sistema con respecto al cual fuere solicitada la información. Debe ser acompañada de la

⁹¹ Convención Europea sobre Información relativa al Derecho Extranjero, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derecho%20Internacional2/TD19.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

⁹² *Idem.*

exposición de los hechos, necesaria tanto para la mejor comprensión de la solicitud como para la formulación de una respuesta exacta y precisa. Podrán ser anexadas copias de documentos en la medida en que las mismas sean necesarias para precisar el alcance de la solicitud.⁹³

La autoridad transmisora enviará directamente la solicitud de información a la autoridad receptora del Estado requerido o, en ausencia de tal autoridad, lo hará la autoridad judicial de la cual emane la misma. La autoridad receptora a la que se haya sometido una solicitud de información podrá formular por sí misma la respuesta, o bien transmitir la solicitud a otro órgano estatal u oficial para que formule la respuesta.

La autoridad receptora podrá, en los casos adecuados o por razones de organización administrativa, transmitir la solicitud a un organismo privado o a un abogado calificado, el cual formulará la respuesta. Si lo antes dicho pudiera originar gastos, la autoridad receptora, antes de efectuar la transmisión, deberá indicar a la autoridad de la cual emane la solicitud, el organismo privado o el o los abogados a quienes fuera transmitida la solicitud. En este caso informará, en la medida de lo posible, del importe de los gastos contemplados, y solicitará su aprobación, los cuales serán cubiertos por el Estado del cual emane la solicitud. Fuera del caso señalado, la respuesta de la autoridad receptora no podrá dar lugar al cobro de impuestos o gastos.

La respuesta deberá tener por objeto informar de una manera objetiva e imparcial sobre la legislación del Estado requerido, a la autoridad judicial de la cual emane la solicitud. Esta llevará consigo, según el caso, los textos legislativos y las decisiones jurisprudenciales relevantes. Estará provista, en la medida en que se juzgare necesario para la mejor información de la autoridad requirente, de documentos complementarios tales como extractos de obras doctrinales y trabajos preparatorios. Podrá, en su caso ser acompañada de comentarios explicativos.

⁹³ *Idem.*

Al igual que en las Convenciones interamericanas, los datos contenidos en una respuesta no vincularán a la autoridad judicial de la cual emane la solicitud. Sin embargo, podría existir el caso en que una respuesta incompleta, falsa o errónea por parte de la autoridad transmisora de la información de un Estado, pudiera ocasionar que éste fuera responsable de los daños y perjuicios causados. La Convención no incluye disposición alguna en este sentido, pero el Comité de Expertos redactor del tratado señala, en el documento explicatorio de la Convención, que dicha cuestión no se incluyó al considerarla materia del Derecho interno de cada país.

La respuesta será dirigida por la autoridad receptora a la autoridad transmisora, si la solicitud hubiera sido transmitida por ésta; o a la autoridad judicial, si a ésta se le hubiere sometido directamente. Cuando la respuesta no fuere formulada por la propia autoridad receptora, ésta quedará obligada especialmente a velar porque sea facilitada una respuesta lo más pronto posible. La respuesta a una solicitud de información siempre deberá ser facilitada lo más pronto posible. Sin embargo, si la elaboración de la respuesta exigiere un plazo amplio, la autoridad receptora informará al respecto a la autoridad extranjera que le hubiere solicitado, precisando, si es posible, la probable fecha en la cual le será comunicada la respuesta.

El Estado requerido podrá negarse a dar curso a la solicitud de información, cuando sus intereses estuvieren afectados por el asunto en ocasión del cual hubiere sido formulada la solicitud, o cuando estimara que la respuesta pudiera atentar contra su soberanía o seguridad.

La autoridad receptora, así como el órgano o la persona a que diera respuesta a la solicitud, podrán pedir de la autoridad de la cual emane la solicitud, la información complementaria que estime necesaria para la elaboración de la respuesta.

La solicitud de información y sus anexos serán redactados en el idioma oficial, o en uno de los idiomas oficiales del Estado requerido, o serán

acompañados de una traducción en dicho idioma. La respuesta será redactada en el idioma del Estado requerido.

Mediante el protocolo adicional de la Convención, adoptado en Estrasburgo el 15 de marzo de 1978, se amplió su ámbito de aplicación a la esfera del Derecho penal. El Protocolo fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de junio de 2003.⁹⁴

⁹⁴ Protocolo adicional de la Convención Europea sobre Información relativa al Derecho Extranjero, al 30 de marzo de 2007 en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derecho%20Internacional2/TD30.pdf>.

IV. CONCLUSIONES.

1. Si bien es comprensible el aislamiento de la legislación mexicana frente a la aplicación de la ley extranjera hasta bien entrado el siglo XX, las razones para seguir con esa política territorialista han dejado de mantener vigencia. Por el contrario, el creciente tráfico jurídico internacional demanda a todas las naciones, la aplicación oficiosa de la ley extranjera, en aras de alcanzar el mayor grado de justicia y certeza jurídica posible.
2. La mayoría de las teorías modernas existentes sobre la aplicación del Derecho extranjero admiten la aplicación de la ley extraña. Una de estas teorías, la del uso jurídico, ha sido acogida por la legislación federal civil mexicana. Consiste en reconocer como Derecho extranjero la más probable sentencia de fondo que el juez extranjero hubiese dado, aplicando su propio Derecho, al mismo caso concreto que ahora se presenta ante el juez nacional. Se fundamenta en que el Derecho no puede dividirse, *per se*, en nacional o extranjero. Sostiene que aplicamos el Derecho propio e «imitamos» el extranjero.
3. Las reformas iusprivatistas de 1988 al entonces Código Civil Federal y del Distrito Federal, al Código Federal de Procedimientos Civiles y al

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, así como las Convenciones internacionales celebradas por México, a esa fecha, en el ámbito de la Organización de Estados Americanos, dieron inicio a un nuevo Derecho internacional privado mexicano que admite el principio de aplicación oficiosa de la ley extranjera a través del principio *iura novit curia* y adopta la teoría del uso jurídico. Algunas legislaciones estatales siguieron también esa corriente reformadora, como es el caso de Coahuila, Nuevo León, Querétaro y Tabasco.

4. La regulación que Nuevo León otorga a la aplicación de la ley extraña se contiene en el artículo 225 del Código de Procedimientos Civiles, en forma simple y bien redactada, plasmando correctamente el principio *iura novit curia*, sin dar lugar a interpretaciones torcidas ni limitar en forma alguna los medios de prueba del Derecho extranjero.
5. La legislación procesal civil de Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Colima, Durango, Guanajuato, Hidalgo, Jalisco, México, Michoacán, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz y Yucatán, presenta un lamentable retraso legislativo en materia de prueba del Derecho extranjero, al continuar con el texto legal vigente durante el territorialismo absoluto mexicano, contrario al contenido del Código Federal de Procedimientos Civiles y los tratados internacionales suscritos por nuestro país. Es urgente la reforma de dichas legislaciones para hacerlas coincidentes con el contenido del Código Federal de Procedimientos Civiles y los tratados internacionales en la materia de que México es parte.
6. Guerrero, Morelos, Sonora y Zacatecas, si bien han mostrado un cierto avance al relevar de prueba al Derecho extranjero cuando no se controvierte su existencia o aplicación, la solución que han dado al problema es parcial e insuficiente, pues puede dar lugar a soluciones injustas y fraude a la ley. Sería recomendable se reformaran las legislaciones anotadas, con el fin de adoptar los principios iusprivatistas

contenidos en el Código Federal de Procedimientos Civiles y los tratados internacionales suscritos por México en la materia.

7. La legislación mercantil mexicana, con el artículo 1197 del Código de Comercio, demuestra un retraso vergonzoso en nuestra legislación comercial al mantener los principios del territorialismo a ultranza. Es indispensable y urgente su reforma a fin de ser coincidente con la demás legislación federal aplicable, especialmente la contenida en los artículos 86 y 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles y los tratados internacionales en la materia celebrados por México.
8. Nuestros tribunales han interpretado y valorado nuestras leyes en materia de aplicación de Derecho extranjero, en los siguientes términos:
 - (a) La interpretación que nuestros tribunales han hecho de las reformas iusprivatistas de 1988, por lo que toca al principio *iura novit curia* para el Derecho extranjero, ha sido incorrecto en la medida que nuestros juzgadores continúan exigiendo a las partes la carga procesal de invocar y acreditar la ley extraña, como se ha demostrado con las tesis emitidas sobre la materia por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Sin embargo, las tesis de referencia son aisladas, por lo que todavía es posible obtener la interpretación judicial correcta de nuestras leyes en la materia.
 - (b) Respecto de la teoría del uso jurídico, nuestros tribunales han interpretado correctamente el contenido de los artículos 284 bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles, confirmando que el tribunal deberá aplicar el Derecho extranjero como se haría en el Estado de origen. Los tribunales mexicanos deben observar el principio de aplicación exacta, integridad, jerarquía y vigencia del Derecho extranjero.

(c) Los tribunales mexicanos aplican el Derecho extranjero en la medida en que les fue posible allegarse el texto, vigencia, sentido y alcance de la norma extranjera dentro del procedimiento, colmando las lagunas que pudieran existir en dicha investigación y aplicando los principios procesales aplicables a la valoración de las pruebas. Cuando la ley extranjera no ha sido alegada o no ha sido probada en autos y la ley mexicana aplicable señala que el Derecho debe ser probado –como es el caso del Código de Comercio o de las entidades de la República que aún lo exigen-, el juez deberá aplicar la ley mexicana para resolver la cuestión.

9. La forma idónea de probar el Derecho extranjero en México, según los criterios judiciales más recientes, es:

(a) mediante la exhibición de copia certificada de textos legales con indicación de su vigencia o precedentes judiciales;

(b) la prueba pericial consistente en dictámenes de abogados o expertos en la materia; y

(c) los informes del Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su Derecho sobre determinados aspectos.

Nuestros tribunales se han inclinado por exigir a las partes el ofrecimiento y desahogo de las dos primeras pruebas, reservándose la tercera para su desahogo según el arbitrio del tribunal.

10. A fin de facilitar a los juzgadores el conocimiento lo más exacto posible del Derecho extranjero, proponemos la creación de un órgano auxiliar de la judicatura que coadyuve con los jueces en la investigación del texto, vigencia, sentido y alcance de las normas extranjeras y aporte elementos de verificación suficientes sobre el Derecho extraño. Concretamente, para México, proponemos la creación de un «Instituto

Federal de Especialistas en Derecho Internacional Privado y Comparado (IFEDIP».

Debido a que en nuestro país no contamos con peritos profesionales en la materia de Derecho internacional privado y comparado que auxilien a los jueces en su deber de aplicar oficiosamente la ley extranjera, proponemos que el IFEDIP sea creado como un órgano auxiliar de la judicatura que coadyuve con los jueces en la investigación del texto, vigencia, sentido y alcance del Derecho extranjero, teniendo entre sus facultades desahogar consultas formuladas por el Poder Judicial al respecto.

Este Instituto, desde el punto de vista orgánico, podría constituirse a semejanza del Instituto Federal de Especialistas en Concursos Mercantiles (IFECOM), que actualmente coadyuva, con éxito, con la judicatura federal en los procedimientos judiciales de concurso mercantil designando y supervisando a visitadores, conciliadores y síndicos.

Un Instituto como el que proponemos crear, seleccionaría y administraría a los especialistas en Derecho extranjero y comparado para garantizar una respuesta rápida y segura a las necesidades de información sobre leyes extranjeras que pudieran tener los jueces federales. El perfil de los especialistas a seleccionar sería el de profesionistas, académicos e investigadores en materia de Derecho internacional privado, con especialidad o experiencia en Derecho comparado, seleccionando a aquellos que resulten especialistas en el orden legal de cada Estado o región del planeta que fuera requerido por las instancias judiciales. Así, habrían especialistas en Derecho español, francés, estadounidense, canadiense, guatemalteco, japonés, árabe, australiano, etcétera. Por otro lado, este Instituto, vía convenios de colaboración con Institutos similares o centros de investigación o cancillerías de otros países, tendría acceso pronto y expedito a opiniones de juristas calificados y dependencias que pudieran proporcionar la información requerida en el menor tiempo posible. Dicho Instituto podría administrar también la lista

de peritos autorizados en traducción e interpretación de diversos idiomas.

Evidentemente, en las materias y legislaciones extranjeras más recurridas por los litigantes, el Instituto propuesto iría ganando mayor experiencia y, con ello, haría progresivamente más rápidas, acuciosas y exactas sus respuestas a la judicatura. En todo caso, la opinión de este Instituto sería tomada en cuenta por el Juez aplicando el principio de libre valoración de la prueba.

Podrían celebrarse convenios entre el referido instituto y los tribunales de justicia de cada entidad federativa del país con el fin de hacerles asequibles el acceso a la información y opiniones del Instituto en cuestión.

En el apéndice 3 de este trabajo acompañamos un proyecto de ley para la creación del IFEDIP. Si bien se propone la creación del IFEDIP mediante una ley, podría integrarse ésta como un capítulo especial del Código Federal de Procedimientos Civiles o de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Debido a que proponemos la creación del Instituto como un órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal, en el apéndice 4 de esta tesis agregamos un proyecto de reforma al artículo 88 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

11. En el ámbito internacional, México es parte de tres Convenciones vigentes sobre la aplicación y prueba del Derecho extranjero, a saber:

- (a) La «Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca de Derecho extranjero», que tiene por objeto facilitar la información sobre Derecho extranjero de otros Estados miembros de la Convención. Los tribunales mexicanos han considerado este tratado como paradigma de la información y prueba del Derecho extranjero. Su ámbito de aplicación territorial se encuentra

limitada a algunos de los países latinoamericanos miembros de la Organización de Estados Americanos y España.

- (b) La «Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado», que señala la obligación de los Estados parte de aplicar la ley extranjera 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. La disposición antes señalada fue adoptada por nuestra legislación en los artículos 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles y 284 bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Su ámbito de aplicación territorial se encuentra limitada a algunos de los países latinoamericanos miembros de la Organización de Estados Americanos.

- (c) La «Convención Europea sobre información relativa al Derecho extranjero», con la cual se establece un sistema de asistencia mutua internacional con miras a facilitar la obtención, por las autoridades judiciales, de información sobre el Derecho extranjero. Su ámbito de aplicación territorial abarca a la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea. Debido a que México es parte de la citada convención desde el año de 2003, no existen todavía tesis de jurisprudencia que traten sobre este tratado internacional.

V. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

1. LIBROS

ARELLANO GARCIA, Carlos, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Porrúa, 13ª edición, México, 1999.

BALESTRA, Ricardo, *Manual de Derecho Internacional Privado. Parte General*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.

BIOCCA, Stella Maris; Sara L.F. de CARDENAS y Victoria BASZ. *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Parte General*, Editorial Universidad, 2ª edición, Buenos Aires, 1997.

CAICEDO CASTILLA, José Joaquín, *Derecho Internacional Privado*, 5ª edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1960.

CONTRERAS VACA, Francisco José, *Derecho Internacional Privado. Parte General*, Oxford University Press, 3ª edición, México, 1998.

CRUZ BARNEY, Oscar, *Historia del Derecho en México*, Oxford University Press, México, 1999.

CUEVAS CANCINO, Francisco; Adrián, AVENDAÑO CONSTANTINO; Carlos A. GOMEZ VIGNOLA y Estrella JIMENEZ MAYO, *Manual de Derecho Internacional Privado Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1997.

DAVID, René, *Tratado de Derecho civil comparado*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953.

DE SANTO, Víctor, *La prueba judicial: teoría y práctica*, 2ª edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994.

FRISCH PHILIPP, Walter; José Arturo GONZÁLEZ QUINTANILLA y José Arturo GONZÁLEZ ELIZONDO, *Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal Internacional*, 2a. edición, Editorial Porrúa, México, 1998.

GARBERÍ LLOBREGAT, José y Guadalupe BUITRÓN RAMÍREZ; *La prueba civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios sobre prueba y medios de prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, 9a. edición, Depalma, Buenos Aires, 2002.

-----, *Suma del Derecho Internacional Privado*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1958.

GONZÁLEZ, María del Refugio, «Historia del Derecho mexicano», en *Introducción al Derecho mexicano*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1981, pp. 11-108.

GRAULICH, Paul, *Principes de Droit International Privé*, Librairie Dalloz, París, 1961.

GRILLO CIOCCHINI, Pablo Agustín, «Alegación y prueba del Derecho extranjero», en *Los hechos en el proceso civil*, La ley, Buenos Aires, 2003, (MORELLO, Augusto M., Director), pp. 159-166.

LAURENT, François, *Droit civil international*, Bruylant-Christophe & Cíe, Bruselas, 1880, Tomo II.

MAURY, Jacques, *Derecho Internacional Privado*, Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, México, 1949.

MAYER, Pierre, *Droit International Privé*, Montchrestien, 6ª edición, París, 1998.

MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *Derecho Internacional Privado*, Ediciones Atlas, 6ª edición, 2 Vols., Madrid, 1972.

NIBOYET, Jean Paul, *Derecho Internacional Privado*, Editora Nacional, México, 1960.

PEREZ NIETO CASTRO, Leonel, *Derecho Internacional Privado. Parte General*, Oxford University Press, 7ª edición, México, 1998.

RIGAUX, François, *Derecho Internacional Privado. Parte General*, Editorial Civitas, Madrid, España, 1985.

SILVA, Jorge Alberto, *Derecho Internacional Privado. Su recepción judicial en México*, Editorial Porrúa, México, 1999.

TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo. *Estudios de Derecho Internacional Privado*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, Estudios Doctrinales 41, México, 1980.

VALLADÃO, Haroldo Texeiro, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Trillas, trad. Leonel Pereznieto Castro, México, 1987, 624 pp.

VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro, *Nuevo Derecho Internacional Privado*, Editorial Themis, México, 2000, 947 pp.

WOLFF, Martin, *Derecho Internacional Privado*. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1958.

2. ARTÍCULOS EN OBRA COLECTIVA O REVISTA ESPECIALIZADA

ALPA, Guido, «Foreign law in international legal practice: an Italian perspective», en *Texas international law review*, Austin, Texas, Vol. 36, núm. 3 especial, 2001, pp. 495-507.

ARELLANO GARCÍA, Carlos, «La prueba del Derecho extranjero», en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, Facultad de Derecho, México, Tomo XLVI, septiembre-diciembre 1996, núms. 209-210, 1981, pp. 15-29.

-----, «Prueba del Derecho extranjero», en *Reflexiones jurídicas*, Chilpancingo, Guerrero, México, año 1, octubre-diciembre 1993, núm. 4, pp. 2-7.

DÁVALOS FERNÁNDEZ, Rodolfo, «La aplicación del Derecho extranjero», en *Revista jurídica*, La Habana, Cuba, año IV, núm. 12, julio-septiembre 1986, pp. 9-65.

MARKESINIS, Basil S., «Foreign law and foreign ideas in the English courts. The contemporary English contribution to the use of foreign law and comparative methodology», en *Revue Hellénique de Droit international*, Atenas, Grecia, año 50, 1997, núm. 2, pp. 365-381.

-----, «Foreign law inspiring national law. Lessons from *Greatorex v. Greatorex*», en *The Cambridge Law Journal*, Cambridge, Inglaterra, Vol. 61, parte 2, Julio 2002, pp. 386-404.

-----, «Judge, Jurist and the study and use of foreign law», en *The Law quarterly review*, Londres, Inglaterra, Vol. 109, octubre 1993, pp. 622-635.

MASEDA RODRÍGUEZ, Javier, «La interpretación judicial del Derecho extranjero», en *Revista de Derecho privado*, Madrid, España, noviembre 1997, pp. 793-822.

MOSCIATI OLIVIERI, Piero Bruno, «La aplicación del Derecho extranjero. Teoría del uso jurídico», en *Revista chilena de Derecho*, Santiago, Chile, Vol. 20, enero-abril 1993, núm. 1, pp. 39-57.

PARRA ARANGUREN, Gonzalo, «El tratamiento procesal del Derecho extranjero en los países de América del Sur», en *La Justicia*, México, Tomo XXXI, noviembre 1972, núm. 509, pp. 55-60.

SALGADO Y SALGADO, José Eusebio, «Sierra O'Reilly, Justo (1814-1861)», en Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, Editorial Porrúa y UNAM, México, 2006, Tomo IX, pp. 637-641.

SILVA, Jorge Alberto, «Conocimiento y aplicación del Derecho extranjero (enfoque jurisprudencial)», en *Lex, difusión y análisis*, Torreón, Coahuila, México, Tercera época, año III, mayo 1997, núm. 23, pp. 25-33.

WESLEY, Charles, «The presumption that foreign law is the same as the local law: an absolute tradition revisited», en *Codicillus*, Pretoria, Sudáfrica, Vol. XXXVII, mayo 1996, núm. 1, pp. 36-42.

3. LEYES LOCALES

Código Civil para el Distrito Federal, en www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/DISTRITO%20FEDERAL/Codigos/DFCOD01.pdf, al 30 de marzo de 2007.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/DISTRITO%20FEDERAL/Codigos/DFCOD03.pdf, al 30 de marzo de 2007.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Aguascalientes, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/AGUASCALIENTES/Codigos/AGSDec3.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Baja California, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/BAJA%20CALIFORNIA/Codigos/BCOD02.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Baja California Sur, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/BAJA%20CALIFORNIA%20SUR/Codigos/BCSCOD02.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Campeche, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/CAMPECHE/CODIGOS/CAMCOD03.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Chiapas, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/CHIAPAS/Codigos/CHACOD03.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Chihuahua, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/CHIHUAHUA/Codigos/CHICod3.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Coahuila, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/COAHUILA/Codigos/COAHCod2.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Colima, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/COLIMA/Codigos/COLCOD01.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Durango, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/DURANGO/Codigos/DURCod3.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Guanajuato, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/GUANAJUATO/Codigos/GUACod3.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Guerrero, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/GUERRERO/Codigos/GROCOD08.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Hidalgo, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/HIDALGO/Codigos/HGOCOD02.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/JALISCO/Codigos/JALCOD06.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/ESTADO%20DE%20MEXICO/Codigos/MEXCOD04.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Michoacán, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/MICHOACAN/Codigos/MICHCOD02.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Morelos, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/MORELOS/Codigos/MORCod6.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nayarit, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/NAYARIT/Codigos/NAYCod2.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/NUEVO%20LEON/Codigos/NLCod5.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Oaxaca, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/OAXACA/Codigos/OAXCOD03.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Puebla, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/PUEBLA/Codigos/PUECOD04.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Querétaro, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/QUERETARO/Codigos/QUECod2.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Quintana Roo, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/QUINTANA%20ROO/Codigos/QRooCod6.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de San Luis Potosí, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/SAN%20LUIS%20POTOSI/Codigos/SLPCOD04.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Sinaloa, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/SINALOA/Codigos/SINCod2.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Sonora, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/SONORA/Codigos/SONCOD02.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Tabasco, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/TABASCO/Codigos/TABCod3.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Tamaulipas, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/TAMAULIPAS/Codigos/TAMCod3.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Tlaxcala, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/TLAXCALA/Codigos/TLACod3.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Veracruz, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/VERACRUZ/Codigos/VERCod3.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Yucatán, en http://www.yucatan.gob.mx/gobierno/orden_juridico/Yucatan/Codigos/nr30rf2.pdf, al 30 de marzo de 2007.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Zacatecas, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/ZACATECAS/Codigos/ZACCod2.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

4. LEYES FEDERALES

Código Civil Federal, al 30 de marzo de 2007 en www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Codigos/31081928.pdf.

Código de Comercio, al 30 de marzo de 2007 en www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PE/APF/FIDEICO/SHCP/Codigos/03121889.pdf.

Código Federal de Procedimientos Civiles, al 30 de marzo de 2007 en www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Codigos/24021943.pdf.

5. TRATADOS INTERNACIONALES

Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derecho%20Internacional2/TD11.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, al 30 de marzo de 2007 en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derecho%20Internacional2/TD8.pdf>.

Convención Europea sobre Información relativa al Derecho Extranjero, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derecho%20Internacional2/TD19.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

Protocolo adicional de la Convención Europea sobre Información relativa al Derecho Extranjero, al 30 de marzo de 2007 en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derecho%20Internacional2/TD30.pdf>.

Convención sobre Derecho internacional privado (Código Bustamante) en www.gobiernoenlinea.ve/docMgr/sharedfiles/codigobustamante.pdf, al 30 de marzo de 2007.

6. TESIS DE JURISPRUDENCIA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

6.1 Quinta época

Código Civil Español. Quinta Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación, XIV, p. 432.

Derecho extranjero, comprobación del. Quinta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, CXXIV, P.: 358

Doctrina extranjera. Aplicación de la. Quinta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, LXI, p. 3543

Doctrina jurídica italiana. Aplicación de la. Quinta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, LII, p. 2409.

Extranjeros en Francia. Domicilio de los. Quinta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, LI, p. 1609.

Leyes extranjeras. Quinta época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación, tomo XIV, p. 432.

Leyes extranjeras, Comprobación de las. Quinta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, CXXIV, p. 358.

Matrimonio celebrado en el extranjero. Régimen de bienes del (Código Civil Francés). Quinta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, CXXIV, p. 358.

Territorialidad de la ley. Quinta Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XIX, p. 1142.

6.2 Sexta época

Derecho extranjero. Carga de la prueba del. Sexta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Cuarta Parte, XXX, p. 120.

Derecho extranjero. Caso en que no es menester probar su existencia. Matrimonio en España (Legislación del Estado de Jalisco). Sexta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Cuarta Parte, CIX, p. 48.

Estado civil. Ley aplicable. Territorialidad de la ley. Sexta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Cuarta Parte, XXX, p. 124.

6.3 Séptima época

Derecho extranjero. Prueba del (Legislación del Estado de Baja California Sur). Séptima Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, 133-138 Cuarta Parte, p. 81. Genealogía: Informe 1980, Segunda Parte, Tercera Sala, tesis 34, p. 39.

6.4 Octava época

Sucesiones. La carga de la prueba del Derecho extranjero y de la no reciprocidad internacional, incumbe a quien pretende excluir al heredero nacido en país diverso. Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, VI, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1990, p. 282.

6.5 Novena época

Confesión. No es factible considerar con tal carácter las manifestaciones de las partes relativas a cuestiones de Derecho (Legislación del Estado de Jalisco). Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XX, Noviembre de 2004, Tesis III.2o.C.82 C, p. 1941.

Derecho extranjero. Aplicación válida en territorio mexicano. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XIV, Septiembre de 2001, Tesis I.3o.C.260 C, p. 1311.

Derecho extranjero. Para demostrarlo resulta aplicable lo dispuesto en la Convención Interamericana sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero, publicada en el Diario Oficial de la Federación el veintinueve de abril de mil novecientos ochenta y tres. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XV, Abril de 2002, Tesis I.3o.C.303 C, P. 1248.

Derecho extranjero. Puntos de conexión que lo hacen aplicable. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XIV, Septiembre de 2001, I.3o.C.261 C, p. 1312.

Derecho extranjero. Su demostración en juicio corresponde a las partes, y al Tribunal mexicano la potestad de verificar su texto, vigencia, sentido y alcance, para lo cual debe atenderse a las convenciones internacionales en las que el estado mexicano ha sido parte. Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XV, Marzo de 2002, I.3o.C.302 C, p. 1326.

Doctrina. Puede acudir a ella como elemento de análisis y apoyo en la formulación de sentencias, con la condición de atender, objetiva y racionalmente, a sus argumentaciones jurídicas. Novena Época, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XIII, Mayo de 2001, Tesis 2a. LXIII/2001, p. 448.

APÉNDICE 1

Legislación de los Estados de la República Mexicana en materia de prueba del Derecho extranjero

1. Aguascalientes

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Aguascalientes, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 16 de julio de 1989:

Artículo 238. Sólo los hechos están sujetos a prueba; el Derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras, o en usos, costumbre o jurisprudencia.¹

¹ Código de Procedimientos Civiles del Estado de Aguascalientes, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/AGUASCALIENTES/Codigos/AGSDec3.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

2. Baja California

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Baja California, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 31 de enero de 1974:

Artículo 280. Sólo los hechos están sujetos a prueba; el Derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras o en usos, costumbres o jurisprudencia.²

3. Baja California Sur

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Baja California Sur, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 23 de mayo de 1997:

Artículo 281. Sólo los hechos están sujetos a prueba; el Derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras o en usos o costumbres.³

Existe la siguiente tesis aislada, dictada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el asunto *Jean de Sequeira*, el 30 de enero de 1980, interpretando el artículo 280 del Código de Procedimientos Civiles, el cual se encuentra derogado desde el 15 de junio de 1997, aunque su contenido es el mismo que el actual 281 del mismo cuerpo legal:

² Código de Procedimientos Civiles del Estado de Baja California, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/BAJA%20CALIFORNIA/Codigos/BCOD02.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

³ Código de Procedimientos Civiles del Estado de Baja California Sur, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/BAJA%20CALIFORNIA%20SUR/Codigos/BCSCOD02.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

DERECHO EXTRANJERO, PRUEBA DEL (LEGISLACION DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA SUR).

Desde el momento en que en el artículo 280 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Baja California Sur, se establece la necesidad de probar el Derecho extranjero, no puede estimarse hecho notorio el conocimiento, así sea genérico, de las disposiciones jurídicas de la Unión Americana.⁴

4. Campeche

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Campeche, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 24 de diciembre de 1942:

Artículo 286. Sólo los hechos están sujetos a prueba: El Derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras o de otro estado de la República; pues entonces debe probarse la existencia de estas y que son aplicables al caso.⁵

5. Chiapas

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Chiapas, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 2 de febrero de 1938:

⁴ Séptima Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo 133-138, Cuarta Parte, página 81. Genealogía: Informe 1980, Segunda Parte, Tercera Sala, tesis 34, p. 39.

⁵ Código de Procedimientos Civiles del Estado de Campeche, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/CAMPECHE/CODIGOS/CAMCOD03.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

Artículo 292. Sólo los hechos están sujetos a prueba; el Derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras o en usos, costumbres o jurisprudencias.⁶

6. Chihuahua

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Chihuahua, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 23 de marzo de 1974:

Artículo 269. Sólo los hechos están sujetos a prueba; el Derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras o en usos, costumbres o jurisprudencia.⁷

7. Coahuila

Código Procesal Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 29 de junio de 1999:

Artículo 417. Objeto de prueba. Serán objeto de prueba los hechos controvertidos por las partes en los escritos que fijan el debate. El Derecho no será objeto de prueba, salvo cuando se trate de usos y costumbres.

El juzgador aplicará el Derecho extranjero tal y como lo harían los jueces del Estado cuyo Derecho resulte aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar su existencia y contenido.

⁶ Código de Procedimientos Civiles del Estado de Chiapas, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/CHIAPAS/Codigos/CHIACOD03.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

⁷ Código de Procedimientos Civiles del Estado de Chihuahua, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/CHIHUAHUA/Codigos/CHICod3.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

Para informarse del texto, vigencia, sentido y alcance legal del Derecho extranjero, el juzgador podrá valerse de informes oficiales que rindan funcionarios facultados del Servicio Exterior Mexicano, o bien ordenar las diligencias probatorias que estime necesarias, o admitir las que ofrezcan las partes.⁸

Artículo 418. Improcedencia de la fase probatoria.

No procederá que el proceso se abra a prueba:

...

II. Cuando las cuestiones controvertidas fueran puramente de Derecho y no de hecho, salvo lo dispuesto para el Derecho extranjero.

...

En el caso a que se refiere la fracción II de este artículo, el juzgador otorgará a las partes un plazo común de cinco días para que aleguen.⁹

8. Colima

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Colima, publicado en el Periódico Oficial del Estado del 25 de septiembre de 1954:

⁸ Código de Procedimientos Civiles del Estado de Coahuila, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/COAHUILA/Codigos/COAHCod2.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

⁹ *Idem.*

Artículo 283. Sólo los hechos están sujetos a prueba; el Derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras o en usos, costumbres o jurisprudencia.¹⁰

9. Durango

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Durango, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 21 octubre de 1948:

Artículo 284. Sólo los hechos están sujetos a prueba; el Derecho lo estará únicamente cuando se funde en usos o costumbres o se apoya en leyes o jurisprudencias extranjeras.¹¹

10. Guanajuato

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato, publicado en el Periódico Oficial del Estado del 8 marzo de 1934:

Artículo 89. Sólo los hechos están sujetos a prueba; el Derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras o en usos, costumbres o jurisprudencia.¹²

11. Guerrero

¹⁰ Código de Procedimientos Civiles del Estado de Colima, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/COLIMA/Codigos/COLCOD01.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

¹¹ Código de Procedimientos Civiles del Estado de Durango, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/DURANGO/Codigos/DURCod3.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

¹² Código de Procedimientos Civiles del Estado de Guanajuato, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/GUANAJUATO/Codigos/GUACod3.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

Código de Procedimientos Civiles del Estado libre y soberano de Guerrero, publicado en el Periódico Oficial del 23 de marzo de 1993:

Artículo 267. Hechos que no requieren prueba. No requieren prueba:

...

...

III. El Derecho nacional. El Derecho extranjero sólo requerirá prueba siempre que esté controvertida su existencia o aplicación.

Si el juzgador conoce el Derecho extranjero de que se trate, o prefiere investigarlo directamente, podrá relevar a las partes de la prueba.¹³

12. Hidalgo

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Hidalgo, Periódico Oficial del 1 de diciembre de 1940:

Artículo 282. Sólo los hechos están sujetos a prueba; el Derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras, en leyes de otros estados de la Federación o en usos, costumbres o jurisprudencia.¹⁴

13. Jalisco

¹³ Código de Procedimientos Civiles del Estado de Guerrero, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/GUERRERO/Codigos/GROCOD08.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

¹⁴ Código de Procedimientos Civiles del Estado de Hidalgo, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/HIDALGO/Codigos/HGOCOD02.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Jalisco, publicado en el Periódico Oficial del 24 de diciembre de 1938:

Artículo 289. Sólo los hechos están sujetos a prueba; el Derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras o en usos, costumbres o jurisprudencia.¹⁵

Artículo 289 bis. El tribunal aplicará el Derecho extranjero como lo harían los jueces del Estado cuyo Derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar la existencia y contenido del Derecho extranjero invocado.

Para informarse del texto, vigencia, sentido y alcance legal del Derecho extranjero, el tribunal podrá valerse de informes oficiales al respecto, pudiendo solicitarlos al Servicio Exterior Mexicano, o bien ordenar o admitir las diligencias probatorias que considere necesarias o que ofrezcan las partes.¹⁶

Existe la siguiente tesis aislada sostenida por la hoy extinta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso *Rodríguez de Gari*, el 21 de julio de 1966, en relación a la legislación de Jalisco (en su texto territorialista, anterior al vigente):

DERECHO EXTRANJERO. CASO EN QUE NO ES MENESTER PROBAR SU EXISTENCIA. MATRIMONIO EN ESPAÑA (LEGISLACION DEL ESTADO DE JALISCO).

¹⁵ Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/JALISCO/Codigos/JALCOD06.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

¹⁶ *Idem.*

Aun cuando es cierto que el artículo 289 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco declara que el Derecho estará sujeto a prueba cuando se funde en leyes extranjeras, el artículo 292 del propio ordenamiento dispone que los hechos notorios no necesitan ser probados y el Juez puede invocarlos aunque no hayan sido alegados por las partes. Si bien es cierto que desde un punto de vista lógico el concepto de "hecho" es en múltiples aspectos diverso del concepto de "Derecho", la existencia de una institución jurídica o de una especial norma de Derecho en determinado país y en cierta época tiene los caracteres de un hecho histórico, y adquiere los caracteres de hecho notorio cuando su existencia es patente para las personas de cultura media. Nuestra vinculación histórica con España, cuyas leyes rigieron durante una época en nuestro país, la integración de nuestra población por numerosas personas de nacionalidad española original, el conocimiento genérico de la situación de España en los últimos tiempos, explica que para cualquier jurista de cultura media, es una verdad que no necesita prueba la de que en España el matrimonio canónico surte efectos civiles.¹⁷

14. México

Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, publicado en la Gaceta Oficial del Estado del 1º de julio de 2002:

¹⁷ Sexta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Cuarta Parte, CIX, p. 48.

Artículo 1.257. Sólo los hechos dudosos o controvertidos serán objeto de prueba; el Derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras, usos y costumbres.¹⁸

15. Michoacán

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Michoacán, publicado en el Periódico Oficial del Estado del 30 de julio de 1936:

Artículo 372. Sólo los hechos están sujetos a prueba; el Derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras o en usos, costumbres o jurisprudencia.¹⁹

16. Morelos

Código Procesal Civil para el Estado libre y soberano de Morelos, publicado en el Periódico Oficial del Estado del 13 de octubre de 1993. El título primero “del procedimiento ordinario”, capítulo III, reglas generales sobre la prueba, señala:

Artículo 384. Sólo los hechos son objeto de la prueba. Sólo los hechos controvertidos o dudosos están sujetos a prueba; el Derecho lo estará únicamente cuando se funde en usos o costumbres o se apoye en leyes o jurisprudencia extranjeras, siempre que de estas dos últimas esté comprometida su existencia o aplicación. El Tribunal

¹⁸ Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/ESTADO%20DE%20MEXICO/Codigos/MEXCOD04.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

¹⁹ Código de Procedimientos Civiles del Estado de Michoacán, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/MICHOACAN/Codigos/MICHCOD02.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

recibirá los informes oficiales que las partes obtengan del Servicio Exterior Mexicano.²⁰

17. Nayarit

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Nayarit, Periódico Oficial del Estado del 21 de noviembre de 1992. En el libro tercero de “jurisdicción contenciosa”, título primero del “juicio ordinario”, capítulo II de reglas generales sobre la prueba, señala:

Artículo 171. Sólo los hechos están sujetos a prueba; el Derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes, usos, costumbres o jurisprudencias extranjeras.²¹

18. Nuevo León

Código de Procedimientos Civiles del estado de Nuevo León, publicado en el Periódico Oficial del 3 de febrero del 1973. El libro primero, “Disposiciones comunes a la jurisdicción contenciosa, a la voluntaria y a la mixta”, título quinto “De la prueba” y capítulo I “reglas generales”, señala:

Artículo 225. Sólo los hechos están sujetos a prueba. El Derecho Extranjero lo verificará y aplicará de oficio el

²⁰ Código de Procedimientos Civiles del Estado de Morelos, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/MORELOS/Codigos/MORCod6.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

²¹ Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nayarit, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/NAYARIT/Codigos/NAYCod2.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

juzgador, sin perjuicio de que las partes coadyuven al logro de esa información.²²

19. Oaxaca

Código de Procedimientos Civiles para el estado de Oaxaca, publicado en el Periódico Oficial del 30 noviembre 1944. El título sexto “del juicio ordinario”, capítulo II, reglas generales de la prueba.

Artículo 282. Sólo los hechos están sujetos a prueba; el Derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras o en usos, costumbres o jurisprudencia.²³

20. Puebla

Código de Procedimientos Civiles para el estado libre y soberano de Puebla, publicado en el Periódico Oficial del 18 de noviembre de 1986. El libro segundo del “juicio”, capítulo décimo de las reglas generales de la prueba, señala:

Artículo 264. Sólo los hechos están sujetos a prueba; el Derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras, en usos, costumbres, o jurisprudencia.²⁴

²² Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/NUEVO%20LEON/Codigos/NLCod5.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

²³ Código de Procedimientos Civiles del Estado de Oaxaca, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/OAXACA/Codigos/OAXCOD03.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

²⁴ Código de Procedimientos Civiles del Estado de Puebla, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/PUEBLA/Codigos/PUECOD04.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

21. Querétaro

Código de Procedimientos Civiles para el estado de Querétaro, publicado en el Periódico Oficial del estado del 22 de noviembre de 1990. El título sexto “del juicio ordinario”, capítulo II de las reglas generales de la prueba, señala:

Artículo 272. Sólo los hechos estarán sujetos a prueba, así como los usos y costumbres o jurisprudencia en que se funde el Derecho.²⁵

Artículo 272 bis. El tribunal aplicará el Derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo Derecho resultará aplicable, sin perjuicio de las partes puedan alegar la existencia y contenido del Derecho extranjero invocado.

Para informarse del texto, vigencia, sentido y alcance del Derecho extranjero, el Tribunal podrá valerse de informes oficiales al respecto, pudiendo solicitarlos al servicio Exterior Mexicano, o bien, ordenar o admitir las diligencias probatorias que considere necesarias o que ofrezcan las partes.²⁶

22. Quintana Roo

Código de Procedimientos Civiles para el estado libre y soberano de Quintana Roo, publicado en el Periódico Oficial del 8 de enero de 1981:

²⁵ Código de Procedimientos Civiles del Estado de Querétaro, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/QUERETARO/Codigos/QUECod2.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

²⁶ *Idem.*

Artículo 286. Sólo los hechos están sujetos a prueba; el Derecho lo estará únicamente cuando se funde en las leyes extranjeras o en usos, costumbres o jurisprudencia.²⁷

23. San Luis Potosí

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de San Luis Potosí, publicado en el Periódico Oficial del 19 de junio de 1947:

Artículo 276. Sólo los hechos están sujetos a prueba; el Derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras o en usos, costumbres o jurisprudencia.²⁸

24. Sinaloa

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Sinaloa, publicado en el Periódico Oficial del 22 de octubre de 1940:

Artículo 281. Sólo los hechos están sujetos a prueba; el Derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras, o en usos o costumbres.²⁹

²⁷ Código de Procedimientos Civiles del Estado de Quintana Roo, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/QUINTANA%20ROO/Codigos/QRooCod6.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

²⁸ Código de Procedimientos Civiles del Estado de San Luis Potosí, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/SAN%20LUIS%20POTOSI/Codigos/SLPCOD04.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

²⁹ Código de Procedimientos Civiles del Estado de Sinaloa, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/SINALOA/Codigos/SINCod2.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

25. Sonora

Código de Procedimientos Civiles para el estado de Sonora, publicado en el Boletín Oficial del estado del 24 de agosto 1949. El libro segundo “Del juicio en general”, título segundo “de las pruebas”, capítulo primero “reglas generales”, señala:

Artículo 258. No requieren prueba:

I. Los hechos notorios;

II. Los negativos, a menos que la negación envuelva la afirmación expresa de un hecho concreto susceptible de prueba o que desconozca una presunción legal que tenga a su favor el colitigante, o bien cuando se desconozca la capacidad de una de las partes, y

III. El Derecho nacional.

El Derecho extranjero sólo requerirá prueba cuando el juez lo estime necesario y siempre que esté controvertida su existencia o aplicación. Si el juez conociere el Derecho extranjero de que se trate, o prefiere investigarlo directamente, podrá relevar a las partes de la prueba.³⁰

26. Tabasco

³⁰ Código de Procedimientos Civiles del Estado de Sonora, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/SONORA/Codigos/SONCOD02.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

Código de Procedimientos Civiles para el estado de Tabasco, publicado en el Periódico Oficial del estado del 12 de abril de 1997. En el libro segundo “proceso jurisdiccional”, título tercero “pruebas”, capítulo I, de reglas generales, señala:

Artículo 232. Improcedencia de la etapa probatoria.

No procederá que el proceso se abra a prueba:

...

II. Cuando las cuestiones controvertidas fueren puramente de Derecho y no de hecho, salvo lo dispuesto para el Derecho extranjero.

...

En el caso a que se refiere la fracción II de este artículo, el juzgador otorgará a las partes un plazo común de cinco días para que aleguen.³¹

Artículo 237. Objeto de prueba. Serán objeto de prueba los hechos controvertidos por las partes en los escritos que fijan el debate. El Derecho no será objeto de prueba, salvo cuando se trate de usos y costumbres.

El tribunal aplicará el Derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo Derecho resulte aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar la existencia y contenido del Derecho extranjero.

³¹ Código de Procedimientos Civiles del Estado de Tabasco, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/TABASCO/Codigos/TABCod3.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

Para informarse del texto, vigencia, sentido y alcance legal del Derecho extranjero, el tribunal podrá valerse de informes oficiales que rindan funcionarios facultados del servicio exterior mexicano, o bien ordenar las diligencias probatorias que estime necesarias o admitir las que ofrezcan las partes.³²

27. Tamaulipas

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Tamaulipas, publicado en el periódico oficial del 4 de octubre de 1961. Título quinto, “pruebas”, capítulo I, “generalidades”, señala:

Artículo 277. Sólo los hechos, cuando no sean notorios, están sujetos a prueba; el Derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras, o en usos, costumbres o jurisprudencia.³³

28. Tlaxcala

Código de Procedimientos Civiles, publicado en el Periódico Oficial del 13 de noviembre de 1980:

³² *Idem.*

³³ Código de Procedimientos Civiles del Estado de Tamaulipas, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/TAMAULIPAS/Codigos/TAMCod3.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

Artículo 237. Cuando el Derecho se funde en leyes extranjeras, deberá probarse la existencia de éstas.³⁴

29. Veracruz

Código de Procedimientos Civiles para el estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, publicado en la Gaceta Oficial del Estado del 13 de octubre de 1932:

Artículo 231. Sólo los hechos están sujetos a prueba; el Derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras o en usos, costumbres o jurisprudencia.³⁵

30. Yucatán

Código de Procedimientos Civiles de Yucatán, publicado en el Diario Oficial del Estado del 5 de enero de 1942:

Artículo 164. Sólo los hechos están sujetos a prueba; el Derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras, en cuyo caso deberá probarse la existencia de éstas.³⁶

³⁴ Código de Procedimientos Civiles del Estado de Tlaxcala, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/TLAXCALA/Codigos/TLACod3.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

³⁵ Código de Procedimientos Civiles del Estado de Veracruz, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/VERACRUZ/Codigos/VERCod3.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

³⁶ Código de Procedimientos Civiles del Estado de Yucatán, en http://www.yucatan.gob.mx/gobierno/orden_juridico/Yucatan/Codigos/nr30rf2.pdf, al 30 de marzo de 2007.

31. Zacatecas

Código de Procedimientos Civiles para el estado de Zacatecas, publicado en el Periódico Oficial del 2 de marzo de 1966:

Artículo 258. No requieren prueba:

I. Los hechos notorios;

II. Los hechos negativos, a menos que la negación envuelva la afirmación expresa de un hecho concreto susceptible de prueba o que desconozca una presunción legal que tenga a su favor el colitigante, o bien cuando se desconozca la capacidad de una de las partes, y

III. El Derecho nacional.

El Derecho extranjero sólo requerirá prueba cuando el juez lo estime necesario y siempre que esté controvertida su existencia o aplicación. Si el juez conociere el Derecho extranjero de que se trate, o prefiere investigarlo directamente, podrá relevar a las partes de la prueba.³⁷

³⁷ Código de Procedimientos Civiles del Estado de Zacatecas, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/ZACATECAS/Codigos/ZACCod2.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

APÉNDICE 2

Tratados de los Estados Unidos Mexicanos en materia de prueba del Derecho extranjero

1. Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero¹

Los Gobiernos de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, deseosos de concertar una convención sobre prueba e información acerca del Derecho, han acordado lo siguiente:

¹ Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derecho%20Internacional2/TD11.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

ARTÍCULO I

La presente Convención tiene por objeto establecer normas sobre la cooperación Internacional entre los Estados-Partes para la obtención de elementos de prueba e información acerca del Derecho de cada uno de ellos.

ARTÍCULO 2

Con arreglo a las disposiciones de esta Convención, las autoridades de cada uno de los Estados-Partes proporcionarán a las autoridades de los demás que lo solicitaren, los elementos probatorios o informes sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su Derecho.

ARTÍCULO 3

La cooperación internacional en la materia de que se trata esta Convención se prestará por cualquiera de los medios de prueba idóneos previstos, tanto por la ley del Estado requirente, como por la del Estado requerido.

Serán considerados medios idóneos a los efectos de esta Convención, entre otros, los siguientes:

- a) La prueba documental, consistente en copias certificadas de textos legales con indicación de su vigencia, o precedentes judiciales:
- b) La prueba pericial, consistente en dictámenes de abogados o expertos en la materia:
- c) Los informes del Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su Derecho sobre determinados aspectos.

ARTÍCULO 4

Las autoridades jurisdiccionales de los Estados-Partes en esta Convención podrán solicitar los informes a que se refiere el inciso c) del artículo 3.

Los Estados-Partes podrán extender la aplicación de esta Convención a la petición de informes de otras autoridades.

Sin perjuicio de lo anterior serán atendibles las solicitudes de otras autoridades que se refieran a los elementos probatorios indicados en los incisos a) y b) del artículo 3.

ARTÍCULO 5

Las solicitudes a que se refiere esta Convención deberán contener lo siguiente:

- a) Autoridad de la que provienen y naturaleza del asunto;
- b) Indicación precisa de los elementos probatorios que se solicitan;
- c) Determinación de cada uno de los puntos a que se refiere la consulta con indicación del sentido y alcance de la misma, acompañada de una exposición de los hechos pertinentes para su debida comprensión.

La autoridad requerida deberá responder a cada uno de los puntos consultados conforme a lo solicitado y en la forma más completa posible.

Las solicitudes serán redactadas en el idioma oficial del Estado requerido o serán acompañadas de una traducción a dicho idioma. La respuesta será redactada en el idioma del Estado requerido.

ARTÍCULO 6

Cada Estado-Parte quedará obligado a responder las consultas de los demás Estados-Partes conforme a esta Convención, a través de su autoridad central, la cual podrá transmitir dichas consultas a otros órganos del mismo Estado.

El Estado que rinda los informes a que alude el artículo 3 (c) no será responsable por la opinión emitida ni estará obligado a aplicar o hacer aplicar el Derecho según el contenido de la respuesta proporcionada.

El Estado que recibe los informes a que alude el artículo 3 (c) no estará obligado a aplicar o hacer aplicar el Derecho según el contenido de la respuesta recibida.

ARTÍCULO 7

Las solicitudes a que se refiere esta Convención podrán ser dirigidas directamente por las autoridades jurisdiccionales o a través de la autoridad central del Estado requirente, a la correspondiente autoridad central del Estado requerido sin necesidad de legalización.

La autoridad central de cada Estado-Parte recibirá las consultas formuladas por las autoridades de su Estado y las transmitirá a la autoridad central del Estado requerido.

ARTÍCULO 8

Esta convención no restringirá las disposiciones de convenciones que en esta materia hubieren sido suscritas o que se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados-Partes, o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieran observar.

ARTÍCULO 9

A los efectos de esta Convención cada Estado-Parte designará una autoridad central.

La designación deberá ser comunicada a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos en el momento del depósito del instrumento de ratificación o adhesión para que sea comunicada a los demás Estados-Participantes.

Los Estados-Partes podrán cambiar en cualquier momento la designación de su autoridad central.

ARTÍCULO 10

Los Estados-Partes no estarán obligados a responder las consultas de otro Estado-Parte cuando los intereses de dichos Estados estuvieren afectados por la cuestión que diere origen a la petición de información o cuando la respuesta pudiere afectar su seguridad o soberanía.

ARTÍCULO 11

La presente Convención estará abierta a la firma de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos.

ARTÍCULO 12

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

ARTÍCULO 13

La presente Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

ARTÍCULO 14

Cada Estado podrá formular reservas a la presente Convención al momento de firmarla, ratificarla o al adherirse a ella, siempre que la reserva verse sobre una o más disposiciones específicas y que no sea incompatible con el objeto y fin de la Convención.

ARTÍCULO 15

La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

ARTÍCULO 16

Los Estados-Partes que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente Convención podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente o una o más de ellas.

Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se

transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto treinta días después de recibidas.

ARTÍCULO 17

La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados-Partes podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados-Partes.

ARTÍCULO 18

El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, La que enviará copia auténtica de su texto para su registro y publicación a la Secretaría de las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 102 de su Carta constitutiva. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados miembros de dicha organización y a los Estados que se hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiere. También les transmitirá la información a que se refiere el artículo 9 y las declaraciones previstas en el artículo 16 de la presente Convención.

EN FE DE LO CUAL, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, firman la presente Convención.

HECHA EN LA CIUDAD DE MONTEVIDEO, REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, el día ocho de mayo de mil novecientos setenta y nueve.

2. Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.²

Los gobiernos de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, deseosos de concertar una convención sobre normas generales de Derecho Internacional Privado, han acordado lo siguiente:

ARTÍCULO I

La determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con Derecho extranjero, se sujetará a lo establecido en esta Convención y demás convenciones internacionales suscritas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes.

En defecto de norma internacional, los Estados Partes aplicarán las reglas de conflicto de su Derecho interno.

² Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derecho%20Internacional2/TD8.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

ARTÍCULO 2

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.

ARTÍCULO 3

Cuando la ley de un Estado Parte tenga instituciones o procedimientos esenciales para su adecuada aplicación y no estén contemplados en la legislación de otro Estado Parte, éste podrá negarse a aplicar dicha ley, siempre que no tenga instituciones o procedimientos análogos.

ARTÍCULO 4

Todos los recursos otorgados por la ley procesal del lugar del juicio serán igualmente admitidos para los casos de aplicación de la ley de cualquiera de los otros Estados Partes que haya resultado aplicable.

ARTÍCULO 5

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

ARTÍCULO 6

No se aplicará como Derecho extranjero, el Derecho de un Estado Parte, cuando artificiosamente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado Parte.

Quedará a juicio de las autoridades competentes del Estado receptor el determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas.

ARTÍCULO 7

Las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado Parte de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en los demás Estados Partes, siempre que no sean contrarias a los principios de su orden público.

ARTÍCULO 8

Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal no deben resolverse necesariamente de acuerdo con la ley que regula esta última.

ARTÍCULO 9

Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones.

Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea, se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto.

ARTÍCULO 10

La presente Convención estará abierta a la firma de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos.

ARTÍCULO 11

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

ARTÍCULO 12

La presente Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

ARTÍCULO 13

Cada Estado podrá formular reservas a la presente Convención al momento de firmarla, ratificarla o al adherirse a ella, siempre que la reserva verse sobre una o más disposiciones específicas y que no sea incompatible con el objeto y fin de la Convención.

ARTÍCULO 14

La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

ARTÍCULO 15

Los Estados Partes que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente Convención, podrán declarar en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto treinta días después de recibidas.

ARTÍCULO 16

La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Partes podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados Partes.

ARTÍCULO 17

El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia auténtica de su texto a la Secretaría de las Naciones Unidas, para su registro y publicación de conformidad con el artículo 102 de su Carta constitutiva. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados Miembros de dicha Organización y a los Estados que se hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiere. También les transmitirá las declaraciones previstas en el artículo 15 de la presente Convención.

EN FE DE LO CUAL, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, firman la presente Convención.

HECHA EN LA CIUDAD DE MONTEVIDEO, República Oriental del Uruguay, el día ocho de mayo de mil novecientos setenta y nueve.

3. Convención Europea sobre Información relativa al Derecho Extranjero.³

Los Estados Miembros del Consejo de Europa, signatarios de la presente Convención;

CONSIDERANDO que el fin del Consejo de Europa es estrechar los vínculos entre sus miembros;

CONVENCIDOS de que el establecimiento de un sistema de asistencia mutua internacional con miras a facilitar la obtención, por las autoridades judiciales, de información sobre el Derecho extranjero contribuirá a la realización de dicho fin;

Han convenido lo siguiente:

ARTÍCULO 1

Ámbito de Aplicación de la Convención

³ Convención Europea sobre Información relativa al Derecho Extranjero, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derecho%20Internacional2/TD19.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

1. Las Partes Contratantes se obligan a proporcionarse, conforme a las disposiciones de la presente Convención, datos concernientes a su legislación y procedimiento en el ámbito civil y mercantil, así como de la organización judicial.
2. Sin embargo, dos o más Partes Contratantes podrán convenir extender, en lo que a las mismas concierne, el campo de aplicación de la presente Convención a ámbitos distintos de los indicados en el párrafo precedente. Los textos de dichos acuerdos serán enviados al Secretario General del Consejo de Europa.

ARTÍCULO 2

Órganos Nacionales de Enlace

1. Para la aplicación de la presente Convención, cada Parte Contratante creará o designará una autoridad única (en adelante denominada “autoridad receptora”):
 - a) para recibir las solicitudes de información contempladas en el párrafo 1 del Artículo 1, de la presente Convención, que provengan de otra Parte Contratante;
 - b) para dar curso a dichas solicitudes, de conformidad con el Artículo 6.

Dicha autoridad deberá ser un órgano ministerial u otro órgano estatal.

2. Cada Parte Contratante tendrá la facultad de crear o designar una o varias autoridades (en adelante denominadas “autoridades transmisoras”), encargadas de recibir las solicitudes de información provenientes de sus autoridades judiciales, y de transmitir las a la autoridad receptora extranjera competente. La autoridad transmisora podrá ser designada como autoridad receptora.

3. Cada Parte Contratante comunicará al Secretario General del Consejo de Europa el nombre y domicilio de su autoridad receptora y, en su caso, de sus autoridades transmisoras.

ARTÍCULO 3

Autoridades Facultadas para Formular la Solicitud de Información

1. La solicitud de información deberá siempre emanar de una autoridad judicial, incluso en el caso de que no hubiera sido formulada por ésta.

La solicitud de información sólo podrá realizarse cuando los procedimientos hayan sido establecidos.

2. Toda Parte Contratante podrá, si no hubiere creado o designado autoridades transmisoras, indicar, mediante declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, aquellas autoridades que considere como autoridad judicial en el sentido del párrafo precedente.
3. Dos o más Partes Contratantes podrán convenir en extender la aplicación de la presente Convención a solicitudes que emanen de autoridades distintas de las autoridades judiciales. El texto del acuerdo celebrado será comunicado al Secretario General del Consejo de Europa.

ARTÍCULO 4

Contenido de la Solicitud de Información

1. La solicitud de información deberá indicar la autoridad judicial de la cual emane, así como la naturaleza del asunto. Esta deberá precisar, de la manera más exacta posible, los puntos sobre los cuales se solicite la información referente a la legislación del Estado requerido y, en caso de

que existieran varios sistemas jurídicos en el país requerido, el sistema con respecto al cual fuere solicitada la información.

2. La solicitud será acompañada de la exposición de los hechos, necesaria tanto para la buena comprensión como para la formulación de una respuesta exacta y precisa; podrán ser anexadas copias de documentos en la medida en que las mismas sean necesarias para precisar el alcance de la solicitud.
3. La solicitud podrá referirse, a puntos concernientes a ámbitos distintos de los contemplados en el Artículo 1, párrafo 1, cuando se refieran a los puntos principales especificados en la solicitud.
4. Cuando la solicitud no fuere formulada por una autoridad judicial, será acompañada de la decisión de ésta que la hubiera autorizado.

ARTÍCULO 5

Transmisión de la Solicitud de Información

La solicitud de información será transmitida directamente a la autoridad receptora del Estado requerido, por una autoridad transmisora o, en ausencia de tal autoridad, por la autoridad judicial de la cual emane la misma.

ARTÍCULO 6

Autoridades Facultadas para Responder

1. La autoridad receptora a la que se haya sometido una solicitud de información podrá formular por sí misma la respuesta, o bien transmitir la solicitud a otro órgano estatal u oficial para que formule la respuesta.
2. La autoridad receptora podrá, en los casos adecuados o por razones de organización administrativa, transmitir la solicitud a un organismo privado o a un abogado calificado, el cual formulará la respuesta.

3. Cuando la aplicación del párrafo precedente pudiera originar gastos, la autoridad receptora, antes de efectuar la transmisión contemplada en dicho párrafo, deberá indicar a la autoridad de la cual emane la solicitud, el organismo privado o el o los abogados a quienes fuera transmitida la solicitud; en este caso informará, en la medida de lo posible, del importe de los gastos contemplados, y solicitará su aprobación.

ARTÍCULO 7

Contenido de la Respuesta

La respuesta deberá tener por objeto informar de una manera objetiva e imparcial sobre la legislación del Estado requerido, a la autoridad judicial de la cual emane la solicitud. Esta llevará consigo, según el caso, los textos legislativos y las decisiones jurisprudenciales relevantes. Estará provista, en la medida en que se juzgare necesario para la buena información de la autoridad requirente, de documentos complementarios tales como extractos de obras doctrinales y trabajos preparatorios. Podrá, en su caso ser acompañada de comentarios explicativos.

ARTÍCULO 8

Efectos de la Respuesta

Los datos contenidos en una respuesta no vincularán a la autoridad judicial de la cual emane la solicitud.

ARTÍCULO 9

Comunicación de la Respuesta

La respuesta será dirigida por la autoridad receptora a la autoridad transmisora, si la solicitud hubiera sido transmitida por ésta; o a la autoridad judicial, si a ésta se le hubiere sometido directamente.

ARTÍCULO 10

Obligación de Responder

1. La autoridad receptora a quien haya sido sometida la solicitud de información tiene, a reserva de lo dispuesto en el Artículo 11, la obligación de dar curso a la misma, de conformidad con lo establecido en el Artículo 6.
2. Cuando la respuesta no fuere formulada por la propia autoridad receptora, ésta quedará obligada especialmente a velar porque sea facilitada una respuesta en las condiciones previstas en el Artículo 12.

ARTÍCULO 11

Excepciones a la Obligación de Responder

El Estado requerido podrá negarse a dar curso a la solicitud de información, cuando sus intereses estuvieren afectados por el asunto en ocasión del cual hubiere sido formulada la solicitud, o cuando estimara que la respuesta pudiera atentar contra su soberanía o seguridad.

ARTÍCULO 12

Plazo de la Respuesta

La respuesta a una solicitud de información deberá ser facilitada lo más pronto posible. Sin embargo, si la elaboración de la respuesta exigiere un plazo amplio, la autoridad receptora informará al respecto a la autoridad extranjera que le hubiere solicitado, precisando, si es posible, la probable fecha en la cual le será comunicada la respuesta.

ARTÍCULO 13

Información complementaria

1. La autoridad receptora, así como el órgano o la persona a que conforme al Artículo 6, hubiere encomendado responder, podrán solicitar de la autoridad de la cual emane la solicitud, la información complementaria que estime necesaria para la elaboración de la respuesta.

2. La solicitud de información complementaria será transmitida por la autoridad receptora por la vía prevista en el Artículo 9 para la comunicación de la respuesta.

ARTÍCULO 14

Idiomas

1. La solicitud de información y sus anexos serán redactados en el idioma oficial, o en uno de los idiomas oficiales del Estado requerido, o serán acompañados de una traducción en dicho idioma. La respuesta será redactada en el idioma del Estado requerido.
2. Sin embargo, dos o varias Partes Contratantes podrán convenir en derogar entre Ellas las disposiciones del párrafo precedente.

ARTÍCULO 15

Gastos

1. La respuesta no podrá dar lugar al cobro de impuestos o gastos, a excepción de aquellos contemplados en el párrafo 3 del Artículo 6, que serán cubiertos por el Estado del cual emane la solicitud.
2. Sin embargo, dos o varias Partes Contratantes podrán convenir en derogar entre Ellas las disposiciones del párrafo precedente.

ARTÍCULO 16

Estados Federales

En un Estado Federal, las funciones ejercidas por la autoridad receptora, distintas de las previstas en el inciso a) del párrafo 1, del Artículo 2, podrán, por razones de orden constitucional, ser atribuidas a otros órganos estatales.

ARTÍCULO 17

Entrada en Vigor de la Convención

1. La presente Convención está abierta a la firma de los Estados Miembros del Consejo de Europa.

Esta estará sujeta a ratificación o aceptación. Los instrumentos de ratificación o de aceptación serán depositados en poder del Secretario General del Consejo de Europa.

2. La Convención entrará en vigor tres meses después de la fecha del depósito del tercer instrumento de ratificación o de aceptación.
3. La Convención entrará en vigor con respecto a todo Estado signatario que lo ratifique o lo acepte posteriormente, tres meses después de la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o de aceptación.

ARTÍCULO 18

Adhesión de un Estado No Miembro del Consejo de Europa

1. Después de la entrada en vigor de la presente Convención, el Comité de Ministros del Consejo de Europa podrá invitar a todo Estado No Miembro del Consejo de Europa a adherirse a la presente Convención.
2. La adhesión se efectuará por depósito, en poder del Secretario General del Consejo de Europa, de un instrumento de adhesión que surtirá efecto tres meses después de la fecha de su depósito.

ARTÍCULO 19

Alcance Territorial de la Convención

1. Toda Parte Contratante podrá, en el momento de la firma, o en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, de aceptación o

de adhesión, designar el o los territorios a los cuales se aplicará la presente Convención.

2. Toda Parte Contratante podrá, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, de aceptación o de adhesión, o en todo otro momento ulterior, extender la aplicación de la presente Convención, mediante declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, a cualquier otro territorio o territorios especificados en la declaración, y de cuyas relaciones internacionales está encargado o respecto del cual está facultado para adquirir compromisos.
3. Toda declaración hecha en virtud del párrafo precedente podrá ser retirada en lo que concierne a cualquier territorio designado en esta declaración, conforme al procedimiento establecido en el Artículo 20 de la presente Convención.

ARTÍCULO 20

Duración de la Convención y Denuncia

1. La presente Convención permanecerá en vigor indefinidamente.
2. Toda Parte Contratante podrá, en lo que le concierne, denunciar la presente Convención, mediante notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa.
3. La denuncia surtirá efecto seis meses después de la fecha de la recepción de la notificación por el Secretario General.

ARTÍCULO 21

Funciones del Secretario General del Consejo de Europa

El Secretario General del Consejo de Europa notificará a los Estados Miembros del Consejo y a todo Estado que se hubiere adherido a la presente Convención:

- a) cualquier firma;
- b) el depósito de todo instrumento de ratificación, de aceptación o de adhesión;
- c) cualquier fecha de entrada en vigor de la presente Convención, conforme a su Artículo 17;
- d) cualquier notificación recibida en aplicación de las disposiciones del párrafo 2 del Artículo 1; del párrafo 3 del Artículo 2; del párrafo 2 del Artículo 3, y de los párrafos 2 y 3 del Artículo 19;
- e) cualquier notificación recibida en aplicación de las disposiciones del Artículo 20 y la fecha en la cual la denuncia surtirá efecto.

EN FE DE LO CUAL, los infrascritos; debidamente autorizados para tal efecto, han firmado esta Convención.

HECHA EN LONDRES, el 7 de junio de 1968, en francés e inglés, siendo ambos textos igualmente auténticos, en un solo ejemplar que será depositado en los archivos del Consejo de Europa. El Secretario General del Consejo de Europa expedirá copias certificadas a cada uno de los Estados signatarios y adherentes.

4. Protocolo adicional de la Convención Europea sobre Información relativa al Derecho Extranjero.⁴

Los Estados Miembros del Consejo de Europa, signatarios del presente Protocolo;

TENIENDO en cuenta las disposiciones de la Convención Europea sobre Información relativa al Derecho Extranjero, adoptada en Londres, el 7 de junio de 1968 (en adelante denominada "la Convención");

CONSIDERANDO que es conveniente ampliar el sistema de asistencia mutua internacional establecido en esa Convención a la esfera del Derecho y procedimiento penal, en un marco multilateral abierto a todas las Partes Contratantes de la Convención;

CONSIDERANDO que para eliminar los obstáculos de carácter económico que dificultan el acceso a los procedimientos legales y permitir a las personas económicamente desprotegidas ejercitar mejor sus derechos en los Estados Miembros, es conveniente asimismo ampliar el sistema establecido

⁴ Protocolo adicional de la Convención Europea sobre Información relativa al Derecho Extranjero, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derecho%20Internacional2/TD30.pdf>, al 30 de marzo de 2007.

por la Convención a la esfera de la asistencia judicial y asesoramiento jurídico en materia civil y mercantil;

TENIENDO en cuenta que en el párrafo 2 del Artículo 1 de la Convención se dispone que dos o más Partes Contratantes podrán acordar ampliar entre ellas el ámbito de aplicación de la Convención a otras esferas además de las que se indican en la propia Convención;

TENIENDO asimismo en cuenta que el párrafo 3 del Artículo 3 de la Convención dispone que dos o más Partes Contratantes podrán acordar ampliar, en lo que les concierne, la aplicación de la Convención a las solicitudes procedentes de autoridades que no sean autoridades judiciales;

Han convenido lo siguiente:

CAPÍTULO I

ARTÍCULO 1

Las Partes Contratantes se comprometen a proporcionarse, conforme a las disposiciones de la Convención, información sobre su Derecho sustantivo y procesal, su organización judicial en la esfera penal, con inclusión del Ministerio Público, y su legislación sobre la ejecución de las medidas penales. Este compromiso se aplica a todos los procedimientos que se instruyan en infracciones cuya sanción, en el momento en que se solicite la información, sea de la competencia de las autoridades judiciales de la Parte requirente.

ARTÍCULO 2

Una solicitud de información sobre las cuestiones mencionadas en el Artículo 1 podrá:

- a) emanar no sólo de un Tribunal, sino de cualquier autoridad judicial competente para instruir el procedimiento o ejecutar sentencias dictadas con efecto de cosa juzgada; y
- b) ser formulada no sólo cuando se haya iniciado ya el procedimiento correspondiente, sino también cuando se prevea la instrucción de un procedimiento.

CAPÍTULO II

ARTÍCULO 3

En el marco del compromiso incluido en el párrafo 1 del Artículo 1 de la Convención, las Partes Contratantes convienen en que la solicitud de información podrá:

- a) emanar no sólo de una autoridad judicial, sino también de cualquier otra autoridad o persona que actúa dentro de un sistema oficial de asistencia judicial o de asesoramiento jurídico por cuenta de personas económicamente desprotegidas; y
- b) ser formulada no sólo cuando se haya iniciado un procedimiento, sino también cuando se prevea el inicio de un procedimiento.

ARTÍCULO 4

1. Toda Parte Contratante que no haya establecido o designado una o varias autoridades transmisoras, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2 del Artículo 2 de la Convención, deberá establecer o designar una o varias de esas autoridades para transmitir a la autoridad receptora extranjera la solicitud de información formulada de conformidad con el Artículo 3 del presente Protocolo.

2. Cada una de la Partes Contratantes comunicará al Secretario General del Consejo de Europa el nombre y la dirección de la autoridad o de las autoridades transmisoras que se establezcan o designen en virtud del párrafo precedente.

CAPÍTULO III

ARTÍCULO 5

1. Cada Estado, en el momento de firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, podrá declarar que sólo estará vinculado por las disposiciones del Capítulo I o del Capítulo II del presente Protocolo.

2. Todo Estado que hubiera formulado una declaración en ese sentido podrá declarar en cualquier otro momento posterior, mediante notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, que estará vinculado por el conjunto de las disposiciones de los Capítulos I y II. Esta notificación surtirá efecto en la fecha de su recepción.

3. Toda Parte Contratante vinculada por el conjunto de las disposiciones de los Capítulos I y II podrá declarar en cualquier momento, mediante notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, que dejará de estar vinculada por una u otra de las disposiciones del Capítulo I o por las del Capítulo II.

Esta notificación surtirá efecto seis meses después de su recepción.

4. Las disposiciones del Capítulo I o las del Capítulo II, según sea el caso, sólo serán aplicables entre las Partes Contratantes que estén vinculadas por las disposiciones de ese mismo Capítulo, respectivamente.

ARTÍCULO 6

1. El presente Protocolo queda abierto a firma de los Estados Miembros del Consejo de Europa, signatarios de la Convención, que puedan llegar a ser Partes en el Protocolo por:

- a) la firma sin reserva de ratificación, aceptación o aprobación.
- b) la firma con reserva de ratificación, aceptación o aprobación, seguida de ratificación, aceptación o aprobación.

2. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en poder del Secretario General del Consejo de Europa.

3. Ningún Estado Miembro del Consejo de Europa podrá firmar el presente Protocolo sin reserva de ratificación, aceptación o aprobación, ni ratificarlo, aceptarlo o aprobarlo, a menos que simultáneamente o con anterioridad haya ratificado o aceptado la Convención.

ARTÍCULO 7

1. El presente Protocolo entrará en vigor tres meses después de la fecha en que tres Estados Miembros del Consejo de Europa sean Partes del Protocolo, conforme a lo dispuesto en el Artículo 6.

2. Para cualquier Estado Miembro que ulteriormente firme el Protocolo sin reserva de ratificación, aceptación o aprobación, o lo ratifique, acepte o apruebe, el Protocolo entrará en vigor tres meses después de la fecha de la firma o del depósito del instrumento de ratificación, aceptación o aprobación.

ARTÍCULO 8

1. Después de la entrada en vigor del presente Protocolo cualquier Estado que se haya adherido o haya sido invitado a adherirse a la Convención, podrá ser invitado por el Comité de Ministros a adherirse también al presente Protocolo.

2. Tal adhesión se efectuará mediante depósito ante el Secretario General del Consejo de Europa de un instrumento de adhesión, que surtirá efecto tres meses después de su depósito.

ARTÍCULO 9

1. Todo Estado, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, podrá designar al territorio o los territorios a los que se aplicará al presente Protocolo.

2. Todo Estado en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, o en cualquier otro momento posterior, podrá extender la aplicación del presente Protocolo, mediante declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, a cualquier otro territorio o territorios especificados en la declaración de cuyas relaciones internacionales esté encargado o respecto del cual esté facultado para adquirir compromisos.

3. Toda declaración hecha en virtud del párrafo precedente podrá ser retirada con respecto a cualquier territorio designado en la declaración, mediante notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa. Dicha retirada surtirá efecto seis meses después de la fecha en que el Secretario General del Consejo de Europa haya recibido la notificación.

ARTÍCULO 10

1. Cualquiera de las Partes Contratantes podrá denunciar, en lo que le concierne, el presente Protocolo mediante notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa.

2. La denuncia surtirá efecto seis meses después de la fecha en que el Secretario General del Consejo de Europa reciba la notificación.

3. La denuncia de la Convención implicará automáticamente la denuncia del presente Protocolo.

ARTÍCULO 11

El Secretario General del Consejo de Europa notificará a los Estados Miembros del Consejo y a cualquier Estado que se haya adherido a la Convención de:

- a) cualquier firma sin reserva de ratificación, aceptación o aprobación;
- b) cualquier firma con reserva de ratificación, aceptación o aprobación;
- c) el depósito de cualquier instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión;
- d) cualquier fecha de entrada en vigor del presente Protocolo, de conformidad con lo dispuesto en su Artículo 7;
- e) cualquier notificación que se reciba en virtud de las disposiciones del Artículo 4;
- f) cualquier declaración o notificación que se reciba en virtud de las disposiciones del Artículo 5;
- g) cualquier declaración que se reciba en virtud de las disposiciones del Artículo 9, y cualquier retirada de una declaración de esa clase;
- h) cualquier declaración que se reciba en virtud de las disposiciones del Artículo 10 y la fecha en que surtirá efecto la denuncia.

EN FE DE LO CUAL, los infrascritos debidamente autorizados para tal efecto, firman el presente Protocolo.

HECHO EN ESTRASBURGO, el 15 de marzo de 1978, en francés y en inglés, siendo ambos textos igualmente auténticos, en un solo ejemplar que será depositado en los archivos del Consejo de Europa. El Secretario General

del Consejo de Europa enviará copias certificadas a cada uno de los Estados signatarios y adherentes.

APÉNDICE 3

Proyecto de ley que crea el «Instituto Federal de Especialistas de Derecho internacional privado y comparado (IFEDIP)»

Capítulo I

De la Naturaleza y Atribuciones

Artículo 1.- Se crea el Instituto Federal de Derecho Internacional Privado y Comparado, como órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal, con autonomía técnica y operativa, con las atribuciones siguientes:

I. Autorizar la inscripción en el registro correspondiente a las personas que acrediten cubrir los requisitos necesarios para la realización de las funciones de traductores, intérpretes, peritos en Derecho extranjero, Derecho internacional privado y Derecho comparado, en los procedimientos judiciales;

II. Constituir y mantener los registros de traductores, intérpretes, peritos en Derecho extranjero, Derecho internacional privado y Derecho comparado;

III. Revocar, en los casos en los que conforme a esta Ley proceda, la autorización para la realización de las funciones de traductores, intérpretes, peritos en Derecho extranjero, Derecho internacional privado y Derecho comparado en los procedimientos judiciales;

IV. Designar a las personas que desempeñarán las funciones de traductores, intérpretes, peritos en Derecho extranjero, Derecho internacional privado y Derecho comparado en cada procedimiento judicial, de entre las inscritas en los registros correspondientes;

V. Establecer mediante disposiciones de aplicación general, los procedimientos aleatorios para la designación de los traductores, intérpretes, peritos en Derecho extranjero, Derecho internacional privado y Derecho comparado;

VI. Elaborar y aplicar los procedimientos públicos de selección y actualización para la autorización de traductores, intérpretes, peritos en Derecho extranjero, Derecho internacional privado y Derecho comparado, debiendo publicar previamente en el Diario Oficial de la Federación, los criterios correspondientes;

VII. Establecer el régimen aplicable a la remuneración de los traductores, intérpretes, peritos en Derecho extranjero, Derecho internacional privado y Derecho comparado, por los servicios que presten en los procedimientos judiciales;

VIII. Supervisar la prestación de los servicios que realicen los traductores, intérpretes, peritos en Derecho extranjero, Derecho internacional privado y Derecho comparado, en los procedimientos judiciales;

IX. Promover la capacitación y actualización de los traductores, intérpretes, peritos en Derecho extranjero, Derecho internacional privado y Derecho comparado, inscritos en los registros correspondientes;

X. Realizar y apoyar análisis, estudios e investigaciones relacionados con sus funciones;

XI. Difundir sus funciones, objetivos y procedimientos, así como las disposiciones que expida conforme a esta Ley;

XII. Coordinar con instituciones nacionales y extranjeras la formación y especialización de especialistas en las áreas de Derecho internacional privado, Derecho extranjero y Derecho comparado;

XIII. Elaborar y dar a conocer estadísticas relativas a los procedimientos judiciales en donde existan puntos de conexión con Derecho o idiomas extranjeros;

XIV. Expedir las reglas de carácter general necesarias para el ejercicio de las atribuciones señaladas en las fracciones IV, V, VII y XI de este artículo;

XV. Informar semestralmente al Congreso de la Unión sobre el desempeño de sus funciones, y

XVI. Las demás que le confiera esta Ley.

Capítulo II

De la organización

Artículo 2.- El Instituto estará encomendado a una Junta Directiva, la cual será apoyada por la estructura administrativa que determine conforme al presupuesto autorizado.

Artículo 3.- La Junta Directiva estará integrada por el Director General del Instituto y cuatro vocales, nombrados por el Consejo de la Judicatura Federal, a propuesta de su Presidente; los nombramientos deberán procurar una integración multidisciplinaria de los miembros de la Junta, cubriendo las materias de Derecho internacional privado y comparado en sus respectivas especialidades.

Artículo 4.- El Director General del Instituto durará en su encargo seis años y los vocales ocho años, serán sustituidos de manera escalonada y podrán ser designados para más de un periodo.

Artículo 5.- Los miembros de la Junta Directiva deberán cumplir con los requisitos siguientes:

- I. Ser ciudadano mexicano en pleno ejercicio de sus derechos;
- II. Ser de reconocida probidad;
- III. Haber desempeñado, en materia de Derecho internacional privado y comparado, cargos de alta responsabilidad, asesoría, actividades docentes o de investigación, por lo menos durante diez años;

IV. No haber sido condenado mediante sentencia ejecutoriada por delito intencional que merezca pena corporal; ni inhabilitado para desempeñar empleo, cargo o comisión en el servicio público, en el sistema financiero, o para ejercer el comercio;

V. No ser cónyuge, concubina o concubinario, ni tener parentesco dentro del cuarto grado por consanguinidad o segundo por afinidad, o parentesco civil con cualquier otro miembro de la Junta Directiva, y

VI. No tener litigios pendientes contra el Instituto.

Artículo 6.- La vacante de algún miembro de la Junta Directiva será cubierta mediante nueva designación conforme a lo dispuesto en el artículo 3 de esta Ley. Si la vacante se produce antes de la terminación del periodo respectivo, la persona que se designe para cubrirla durará en su encargo el tiempo que le faltare desempeñar a la sustituida.

Artículo 7.- Los miembros de la Junta Directiva solamente podrán ser removidos cuando ocurra alguna de las circunstancias siguientes:

I. Por incumplimiento de sus funciones o negligencia en el desempeño de las mismas;

II. La incapacidad mental o física que impida el correcto ejercicio de sus funciones durante más de seis meses;

III. El desempeño de algún empleo, cargo o comisión, distinto de los previstos en el artículo 9 de esta Ley;

IV. Dejar de ser ciudadano mexicano o de reunir alguno de los requisitos señalados en la fracción IV del artículo 5 de esta Ley;

V. No cumplir los acuerdos de la Junta Directiva o actuar deliberadamente en exceso o defecto de sus atribuciones;

VI. Utilizar, en beneficio propio o de terceros, la información confidencial de que disponga en razón de su cargo, o divulgar la mencionada información sin la autorización de la Junta Directiva;

VII. Someter a la consideración de la Junta Directiva, información falsa teniendo conocimiento de ello, y

VIII. Ausentarse de sus labores por más de cinco días sin autorización de la Junta Directiva o sin mediar causa de fuerza mayor o motivo justificado. La Junta Directiva no podrá autorizar ausencias por más de tres meses consecutivos o acumulados en un año calendario.

Artículo 8.- Compete al Consejo de la Judicatura Federal dictaminar sobre la existencia de las causas de remoción señaladas en el artículo inmediato anterior, pudiendo hacerlo a solicitud de cuando menos dos de los miembros de la Junta Directiva del Instituto.

Artículo 9.- Los miembros de la Junta Directiva no podrán durante el tiempo de su encargo, aceptar o ejercer ningún otro empleo, cargo o comisión, salvo los no remunerados de carácter docente o en instituciones de asistencia social públicas o privadas.

Artículo 10.- La Junta Directiva tiene las facultades indelegables siguientes:

I. Emitir las reglas de carácter general a que se refiere la presente Ley;

II. Aprobar la estructura administrativa básica del Instituto así como, en su caso, las sedes de las delegaciones regionales;

III. Aprobar los manuales de organización y de procedimientos, y en general la normativa interna del Instituto;

IV. Evaluar periódicamente las actividades del Instituto;

V. Requerir la información necesaria al Director General del Instituto para llevar a cabo sus actividades de evaluación;

VI. Nombrar al secretario de la Junta Directiva, de entre los servidores públicos del Instituto de mayor jerarquía conforme a su reglamento interior, y

VII. Resolver los demás asuntos que el Director General del Instituto o cualquier miembro de la propia Junta Directiva, considere deban ser aprobados por la misma.

Artículo 11.- Las sesiones ordinarias de la Junta Directiva se verificarán cuando menos cada tres meses, sin perjuicio de que puedan convocarse por el Director General del Instituto o mediante solicitud que a éste formulen por lo menos dos de los miembros de la Junta Directiva, cuando estime que hay razones de importancia para ello.

Artículo 12.- La Junta Directiva sesionará válidamente con la asistencia de cuando menos tres de sus miembros. Las resoluciones se tomarán por mayoría de votos de los miembros presentes y el Director General del Instituto tendrá voto de calidad en caso de empate.

Artículo 13.- El Director General del Instituto tendrá las siguientes atribuciones:

- I. Administrar el Instituto;
- II. Representar al Instituto;
- III. Cumplir y hacer cumplir las resoluciones que tome la Junta Directiva y publicarlas cuando proceda;
- IV. Designar al personal del Instituto;
- V. Someter a la aprobación de la Junta Directiva, la propuesta de estructura administrativa básica del Instituto, así como el establecimiento y las sedes de las delegaciones regionales;
- VI. Someter a consideración de la Junta Directiva, los programas, así como las normas de organización y funcionamiento del Instituto, y
- VII. Las demás que le confieran esta Ley y otros ordenamientos.

Capítulo III

De los traductores, intérpretes y peritos en Derecho extranjero, Derecho internacional privado y Derecho comparado

Artículo 14.- Las personas interesadas en desempeñar las funciones de traductores, intérpretes y peritos en Derecho extranjero, Derecho internacional privado y Derecho comparado en los procedimientos judiciales, deberán solicitar al Instituto su inscripción en el registro respectivo, de conformidad con las disposiciones previstas en este Capítulo.

Artículo 15.- Para ser registrado como traductores, intérpretes, peritos en Derecho extranjero, Derecho internacional privado y Derecho comparado, las personas interesadas deberán presentar por escrito su solicitud al Instituto, con los documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos establecidos en las fracciones siguientes:

I. Tener experiencia relevante de cuando menos cinco años, en materia de traducción e interpretación de lenguas extranjeras y en Derecho extranjero, Derecho internacional privado y Derecho comparado;

II. No desempeñar empleo, cargo o comisión en la Administración Pública, ni ser parte de los Poderes Legislativo o Judicial, en cualquiera de los tres ámbitos de gobierno;

III. Ser de reconocida probidad;

IV. Cumplir con los procedimientos de selección que le aplique el Instituto, así como los procedimientos de actualización que determine el mismo, y

V. No haber sido condenado mediante sentencia ejecutoriada, por delito intencional que merezca pena corporal, ni inhabilitado para empleo, cargo o comisión en el servicio público, el sistema financiero, o para ejercer el comercio.

Las personas que cumplan con los requisitos señalados en este artículo, serán inscritas por el Instituto en los registros de traductores, intérpretes, peritos en Derecho extranjero, Derecho internacional privado y Derecho comparado, previo pago de los derechos correspondientes.

Artículo 16.- Los traductores, intérpretes, peritos en Derecho extranjero, Derecho internacional privado y Derecho comparado deberán caucionar su correcto desempeño en cada procedimiento judicial para el que sean designados, mediante

la garantía que determine el Instituto, a través de disposiciones de carácter general.

Artículo 17.- No podrán actuar como traductores, intérpretes, peritos en Derecho extranjero, Derecho internacional privado y Derecho comparado en el procedimiento judicial de que se trate, las personas que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

I. Ser cónyuge, concubina o concubinario o pariente dentro del cuarto grado por consanguinidad o segundo por afinidad, de alguna de las partes o del juez ante el cual se desarrolle el procedimiento;

II. Estar en la misma situación a que se refiere la fracción anterior respecto de los miembros de los órganos de administración, cuando las partes dentro de un procedimiento judicial sea una persona moral y, en su caso, de los socios ilimitadamente responsables;

III. Ser abogado, apoderado o persona autorizada de las partes, en algún juicio pendiente o haberlo sido dentro de los tres años anteriores;

IV. Mantener o haber mantenido durante los seis meses inmediatos anteriores a su designación, relación laboral con alguna de las partes, o prestarle o haberle prestado durante el mismo periodo, servicios profesionales independientes siempre que éstos impliquen subordinación;

V. Ser socio, arrendador o inquilino de las partes en el proceso al cual se le designe, o

VI. Tener interés directo o indirecto en el procedimiento judicial o ser amigo cercano o enemigo manifiesto de las partes.

La incompatibilidad a que se refiere la fracción VI, será de libre apreciación judicial.

Artículo 18.- Los traductores, intérpretes, peritos en Derecho extranjero, Derecho internacional privado y Derecho comparado que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo anterior, deberán excusarse; de lo contrario quedarán sujetos a las sanciones administrativas que resulten aplicables de conformidad con la presente Ley y de aquellas que al efecto determine el Instituto. Lo anterior, sin perjuicio que el juez de oficio, o bien las partes por conducto del juez, puedan solicitar al Instituto la sustitución en el cargo, desde el momento en que tengan conocimiento del hecho, independientemente de la responsabilidad penal en que puedan incurrir los traductores, intérpretes, peritos en Derecho extranjero, Derecho internacional privado y Derecho comparado.

Artículo 19.- En el evento de que iniciado el procedimiento se diera un impedimento superveniente, el traductor, intérprete, perito en Derecho extranjero, Derecho internacional privado y Derecho comparado deberá hacerlo del conocimiento inmediato del Instituto; en caso contrario, le serán aplicables las sanciones jurídicas a que se refiere el artículo anterior.

En todo caso el traductor, intérprete, perito en Derecho extranjero, Derecho internacional privado y Derecho comparado que se ubique en el supuesto previsto en el párrafo anterior, deberá permanecer en el ejercicio de sus funciones hasta en tanto se designa, en su caso, a quien deba sustituirlo, debiendo hacer entrega de la información y documentos a los que haya tenido acceso y de los bienes del Comerciante que haya tenido en su poder con motivo de sus funciones.

Artículo 20.- El traductor, intérprete, perito en Derecho extranjero, Derecho internacional privado y Derecho comparado sólo podrán excusarse de su designación cuando exista impedimento legal o medie causa suficiente a juicio del

Instituto quien deberá resolver de inmediato a fin de evitar retrasos en el procedimiento judicial.

Artículo 21.- Son obligaciones del traductor, intérprete, perito en Derecho extranjero, Derecho internacional privado y Derecho comparado, las siguientes:

I. Ejercer con probidad y diligencia las funciones que la presente Ley les encomienda, en los plazos que la misma establece;

II. Supervisar y vigilar el correcto desempeño de las personas que, en su caso, los auxilien en la realización de sus funciones, asumiendo toda responsabilidad por su actuación;

III. Efectuar las actuaciones procesales que les impone esta Ley, en forma clara y ordenada;

IV. Rendir ante el juez cuentas de su gestión con la periodicidad establecida en esta Ley;

V. Guardar la debida confidencialidad respecto de secretos industriales, procedimientos, patentes y marcas, que por su desempeño lleguen a conocer, en términos de lo previsto en la legislación aplicable a propiedad industrial e intelectual, así como el sentido de las actuaciones procesales que en términos de la presente Ley se encuentre obligado a efectuar;

VI. Abstenerse de divulgar o utilizar en beneficio propio o de terceros, la información que obtenga en el ejercicio de sus funciones;

VII. Brindar al Instituto toda clase de facilidades para la inspección y supervisión del ejercicio de sus funciones;

VIII. Cumplir con las disposiciones de carácter general que emita el Instituto, y

IX. Cumplir con las demás que ésta u otras leyes establezcan.

Artículo 22.- El traductor, intérprete, perito en Derecho extranjero, Derecho internacional privado y Derecho comparado, así como sus auxiliares, tendrán derecho al cobro de honorarios por la realización de las funciones que esta Ley les encomienda. El régimen aplicable a los honorarios será determinado por el Instituto mediante reglas de carácter general, de conformidad con lo siguiente:

I. Serán a cargo de la parte que hubiese requerido sus servicios dentro del procedimiento judicial o de aquella que, por las pruebas que ofrezca, hubiese hecho necesaria la intervención del especialista;

II. Se pagarán en los términos que determine el Instituto, y

III. Serán acordes con las condiciones de mercado y tendientes a lograr la inscripción de personas idóneas y debidamente calificadas para el desempeño de sus funciones en el registro a que se refiere el Capítulo siguiente.

En todo caso, la remuneración del traductor, intérprete, perito en Derecho extranjero, Derecho internacional privado y Derecho comparado estará vinculada a su desempeño.

Capítulo IV

Del registro de los traductores, intérpretes, peritos en Derecho extranjero, Derecho internacional privado y Derecho comparado

Artículo 23.- El Instituto mantendrá un registro actualizado de traductores, intérpretes, peritos en Derecho extranjero, Derecho internacional privado y Derecho comparado, diferenciados según las especialidades que al efecto determine mediante disposiciones de carácter general.

Solamente podrán fungir como traductores, intérpretes, peritos en Derecho extranjero, Derecho internacional privado y Derecho comparado, las personas que se encuentren inscritas en el registro correspondiente, así como las que ofrezcan las partes bajo su responsabilidad.

Artículo 24.- La designación de traductores, intérpretes, peritos en Derecho extranjero, Derecho internacional privado y Derecho comparado para procedimientos judiciales se efectuará mediante los procedimientos aleatorios que determine el Instituto a través de disposiciones de carácter general.

Artículo 25.- El Instituto podrá imponer como sanción administrativa a los traductores, intérpretes, peritos en Derecho extranjero, Derecho internacional privado y Derecho comparado, según la gravedad de la infracción cometida a lo dispuesto en esta Ley, amonestación, la suspensión temporal o la cancelación de su registro.

Artículo 26.- El Instituto podrá determinar la cancelación del registro de traductores, intérpretes, peritos en Derecho extranjero, Derecho internacional privado y Derecho comparado, cuando:

- I. No desempeñen adecuadamente sus funciones;
- II. No cumplan con alguno de los procedimientos de actualización que aplique el Instituto;

III. Sean condenados mediante sentencia ejecutoriada, por delito intencional que merezca pena corporal, o sean inhabilitados para empleo, cargo o comisión en el servicio público, el sistema financiero, o para ejercer el comercio;

IV. Desempeñen empleo, cargo o comisión en la Administración Pública, o sean parte de los Poderes Legislativo o Judicial en cualquiera de los tres ámbitos de gobierno;

V. Rehúsen el desempeño de las funciones que le sean asignadas en términos de esta Ley en algún procedimiento judicial al que hayan sido asignados sin que medie causa suficiente a juicio del Instituto, o

VI. Hayan sido condenados por sentencia ejecutoriada al pago de daños y perjuicios derivados de algún procedimiento judicial al que hayan sido asignados.

Artículo 27.- La Junta Directiva del Instituto resolverá sobre la amonestación, la suspensión temporal o la cancelación del registro de los traductores, intérpretes, peritos en Derecho extranjero, Derecho internacional privado y Derecho comparado, dando audiencia al interesado. Contra la resolución que dicte la Junta Directiva no procederá recurso alguno.

APÉNDICE 4

Proyecto de reforma al artículo 88 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación

Proponemos la reforma del artículo 88 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, para quedar como sigue:

Artículo 88.- Para su adecuado funcionamiento, el Consejo de la Judicatura Federal contará con los siguientes órganos: el Instituto de la Judicatura, la Visitaduría Judicial, la Contraloría del Poder Judicial de la Federación, el Instituto Federal de Defensoría Pública, el Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles en los términos que establece la Ley de Concursos Mercantiles y el Instituto Federal de Especialistas de Derecho Internacional Privado y Comparado.

Con excepción del Director General del Instituto Federal de Defensoría Pública, de los miembros de la Junta Directiva del Instituto Federal de

Especialistas de Concursos Mercantiles y de los miembros de la Junta Directiva del Instituto Federal de Especialistas de Derecho Internacional Privado y Comparado, cuyos requisitos para ser designados se mencionan en las leyes de la materia correspondientes, los demás titulares de los órganos del Consejo de la Judicatura Federal deberán tener título profesional legalmente expedido, afín a las funciones que deban desempeñar, experiencia mínima de cinco años, gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito intencional con sanción privativa de libertad mayor de un año. Los órganos contarán con el personal que fije el presupuesto.