

308909

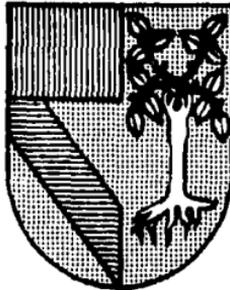
ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

5
20

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



LA CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE NORMAS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A

MAURICIO BUENO BARRERA

MEXICO, D. F.

1987



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

INDICE.

	Pág.
PROLOGO.	
INTRODUCCION.	1
Capítulo 1	HISTORIA DEL MOVIMIENTO CODIFICADOR INTERAMERICANO EN MATERIA DE NORMAS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.
1.1	La Codificación Internacional. 3
1.2	Los Métodos de Codificación. 6
1.3	El Congreso de Lima de 1877. 9
1.4	Los Tratados de Montevideo de 1889. 11
1.5	Los Tratados de Montevideo de 1940. 16
1.6	El Código Bustamante de 1928. 22
1.7	The Restatements of the Law of Conflict of Laws. 28
1.8	El nacimiento de la Organización de Estados Americanos y su labor codificadora a través del Comité Jurídico Interamericano. 39
Capítulo 2	LA CONFERENCIA INTERAMERICANA ESPECIALIZADA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.
2.1	La Primera Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado: Panamá, Panamá, 1975. 45
2.2	La Segunda Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado: Montevideo, Uruguay, 1979. 47

2.3	La Tercera Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado: La Paz, Bolivia, 1983.	51
Capítulo 3	ANALISIS TEORICO-DOCTRINAL DE LAS NORMAS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.	
3.1	Necesidad de un análisis teórico-doctrinal.	55
3.2	La aplicación del derecho extranjero.	56
3.3	Cuestiones previas o incidentales.	59
3.4	La excepción del orden público.	61
3.5	El Fraude a la Ley.	66
3.6	Las Instituciones Valorativas.	68
	a) Adaptación.	69
	b) Derecho adquiridos.	73
Capítulo 4	ANALISIS DE LOS PRINCIPIOS JURIDICOS ADOPTADOS EN LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE NORMAS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.	
4.1	Importancia de la Convención.	79
4.2	Ambito de aplicación de la Convención.	80
4.3	Aplicación del derecho extranjero.	81
4.4	Institución desconocida.	84
4.5	Recursos procesales.	86
4.6	Orden público.	88
4.7	Fraude a la ley.	92
4.8	Derechos adquiridos.	94
4.9	Cuestiones previas.	97

4.10	Adaptación.	98
4.11	Disposiciones ordinarias.	101
4.12	Normas generales no reguladas en la Convención: calificación y reenvío.	102
Capítulo 5	POSICION DE MEXICO FRENTE A LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE NORMAS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.	
5.1	Participación de México en la Convención.	105
5.2	Consecuencias Jurídicas para México al ser parte de la Convención.	109
5.3	Mecanismos que coadyuvarían en México al exacto cumplimiento de la Convención.	113
	CONCLUSIONES	116
	BIBLIOGRAFIA	119
ANEXO I	TEXTO DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE NORMAS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.	124
ANEXO II	PROYECTO DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE NORMAS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, PRESENTADO A CIDIP II POR LA DELEGACIÓN MEXICANA.	129
ANEXO III	LISTA DE PAISES SIGNATARIOS DE LA CONVENCIÓN Y RESERVAS HECHAS A LA MISMA.	136

PROLOGO.

Con gran satisfacción escribo estas líneas una vez concluido el trabajo que durante dos años ha sido el tema principal de mi estudio.

Comencé a interesarme por los conflictos de leyes cuando cursaba -- la materia de Derecho Internacional Privado. El contenido --altamente técnico y científico de esta disciplina-- me inclinaron a abordar con profundidad alguno de sus temas para elaborar mi tesis profesional. La Convención Interamericana sobre Normas Generales me pareció materia interesante en cuanto que tiene una relación directísima con los principios fundamentales del Derecho Internacional Privado a la vez que resulta un tema novedoso y muy poco explorado en la doctrina, no obstante que constituye ya ahora, derecho vigente en México.

En el articulado de la Convención podemos observar la aceptación del principio que otorga validez a la aplicación extraterritorial del derecho extranjero, doctrina que empapa toda la Convención. De lo anterior se infiere el hecho de que México está abandonando su territorialismo jurídico, derivado del Código Civil para el Distrito Federal vigente desde 1932, para dar paso a un régimen estatutario en conformidad con el desarrollo que ha tenido en muchos otros países el Derecho Internacional Privado. Con estas consideraciones se analiza el dispositivo -- de la Convención.

No se me oculta que a lo largo de mi trabajo hay cuestiones en las

que me falta ser aún más explícito. Con frecuencia, sentía dirigirme a especialistas en la materia y olvidaba que este trabajo debía orientarse a todo tipo de personas.

Considero que son muchas las cosas que he aprendido en este tiempo acerca del Derecho Internacional Privado, pero es aún más lo que me queda por conocer. Por ello, sigo considerándome un neófito en la materia, y agradeceré muy de veras todas aquellas observaciones que me ayuden a precisar y aclarar conceptos.

Únicamente me resta manifestar mi agradecimiento y admiración para los señores licenciados Víctor Carlos García Moreno y René Cacheaux Aguilar. Su amable y paciente ayuda contribuyó eficazmente para la estructuración de este trabajo.

Ciudad de México, Septiembre de 1986.

INTRODUCCION.

El día 21 de septiembre de 1984 se publicó en México, en el Diario Oficial de la Federación el decreto de promulgación de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, formulada en Montevideo, Uruguay el 8 de mayo de 1979.

El objetivo que hemos tenido al elaborar este trabajo es analizar el contenido de esta Convención, que constituye derecho vigente en México, en virtud de lo dispuesto por el artículo 133 de la Constitución Política.

Con este fin, hemos comenzado exponiendo en el Capítulo primero-- la historia del movimiento codificador interamericano en materia de normas generales de Derecho Internacional Privado, la cual plantea interesantes hechos - desde 1877 hasta 1974.

La participación de México en el proceso anterior fue de poca relevancia jurídica. No es sino hasta el año de 1975, con la primera reunión de la Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP), que podemos decir que México penetra en el proceso evolucionador del Derecho Internacional Privado con la adhesión a cuatro de las seis convenciones suscritas en esta Conferencia. Posteriormente, en 1979, tiene verificativo la Segunda Conferencia Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, en la cual se suscriben un protocolo y siete convenciones de las cuales Mé

xico ha ratificado cuatro, entre ellas la de Normas Generales que podemos considerar la más importante que se ha elaborado en CIDIP. 1983 es el año de la Tercera Conferencia, aquí se aprueban un protocolo y tres convenciones que México aún no ratifica. Este tema es tratado en el Capítulo segundo.

En el Capítulo tercero se hace un análisis teórico-doctrinal de las normas generales del Derecho Internacional Privado, haciendo especial énfasis en aquellas que han sido objeto de la Convención que nos ocupa.

Más adelante, en el Capítulo cuarto, estudiamos el articulado específico de la Convención sobre Normas Generales que contiene reglas básicas de aplicación de los principios fundamentales de nuestra disciplina y representa un instrumento de interpretación de las demás convenciones suscritas en CIDIP.

Finalmente, en el Capítulo quinto, consideramos la posición que guarda México respecto a la Convención sobre Normas Generales, su participación en la elaboración de la misma, las consecuencias jurídicas de su ratificación y los mecanismos de información y especialización que podrían implementarse para la correcta aplicación de la Convención en México.

CAPITULO 1

HISTORIA DEL MOVIMIENTO CODIFICADOR
INTERAMERICANO EN MATERIA DE NORMAS GENERALES DE
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

Capítulo 1 HISTORIA DEL MOVIMIENTO CODIFICADOR INTERAMERICANO EN MATERIA DE NORMAS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

1.1 La codificación internacional, 1.2 Los métodos de la codificación, 1.3 El congreso de Lima de 1877, 1.4 Los tratados de - Montevideo de 1899, 1.5 Los tratados de Montevideo de 1940, 1.6 El código Bustamante de 1928, 1.7 The Restatement of the Law of conflict of laws, 1.8 El Nacimiento de la Organización de Estados Americanos y su labor codificadora a través del Comité Jurídico Interamericano.

1.1 LA CODIFICACION INTERNACIONAL.

Tradicionalmente se le ha denominado "codificación" a la tarea de elaborar un cuerpo metódico y sistemático de leyes que comprenda las normas de una determinada rama del derecho. Esta labor implica unificar dichas normas, sistematizando aquellas que han demostrado ser efectivas para regular las relaciones jurídicas de que se trate y generar otras que reemplacen las obsoletas o colmen las lagunas que se presenten.

La codificación puede realizarse cubriendo exclusivamente un ámbito nacional pero puede también llevarse a cabo en un ámbito internacional, es decir sistematizando aquellos principios, valores o costumbres de la comunidad internacional.

Una de las características de los conflictos de leyes que surgen entre Estados soberanos es la de que, al rebasar estos conflictos las fronteras estatales requieren como tal de una solución internacional. Resulta evidente que

la solución más deseable para estos conflictos sería el acuerdo de voluntades - entre los estados para que fueran normas internacionales y no internas las que establecieran las reglas conflictuales que a su vez determinasen las normas materiales competentes. Se considera, pues, óptimo conseguir, total o parcialmente, por medio de tratados internacionales, la uniformidad de reglas de solución.

Cuando se ha pretendido discutir sobre la posibilidad de lograr una uniformidad en las reglas de conflictos de leyes en el grupo de países americanos algunos autores han concluido que tal armonización es perfectamente factible. Argumentan estos autores que los países latinoamericanos cuentan con sistemas jurídicos muy similares toda vez que derivan en su mayoría del tronco - hispano común además de existir entre casi todos un desarrollo político, económico y social en gran medida equiparable.

Son pocas las tareas jurídicas que tienen un grado de dificultad tan grande como la labor codificadora internacional que requiere para ser verdaderamente eficaz abatir los tres problemas típicos que advierte Siqueiros (1): la consagración de opciones contradictorias; la prevalencia de posturas nacionalistas - y la inclusión de reservas generales de las partes contratantes que sean anulatorias de las normas adoptadas en el tratado.

Las verdaderas fórmulas tendientes a solucionar conflictos internacionales que llegan a plasmarse en tratados y convenios internacionales ordinariamente son el resultado de un arduo esfuerzo que hizo necesario conciliar los

(1) Siqueiros, José Luis: "¿Es posible la codificación de Principios Generales de Derecho Internacional Privado?"; Primer Seminario de Derecho Internacional Privado; UNAM, 1979, México, D. F., pág. 90

intereses de la colectividad nacional con las necesidades de la vida internacional.

El camino que se tiene que seguir para llegar a elaborar un tratado internacional es sumamente complejo y lento. Los integrantes de las delegaciones estatales acuden a los coloquios internacionales alimentados de la mejor buena voluntad y de las más nutridas esperanzas. Sus intervenciones las -- más de las veces, operan constructivamente para enriquecer los anteproyectos -- y para eliminar los inconvenientes y concluyen con un texto de convención que en la mejor de las veces se firma por la mayoría. Sin embargo, la contemporización con los principios prevalentes en las legislaciones nacionales propicia la formación de reservas generales o específicas y la lentitud en la ratificación por los órganos constitucionales internos; más aún, después de entrar en vigor el instrumento internacional es común que la jurisprudencia nacional lo -- sacrifique indebidamente en aras de las tendencias localistas.

Aún, así el único camino para superar estas dificultades es la insistencia en la codificación progresiva del Derecho Internacional Privado de donde se deriva la trascendencia de la intervención de la Organización de Estados Americanos organizando la formación de Conferencias Especializadas sobre Derecho Internacional Privado, cumpliendo así con uno de los postulados consagrados en la Carta de Organización de los Estados Americanos, que encomienda al Comité Jurídico Interamericano "...promover el desarrollo progresivo y la codificación del Derecho Internacional..." (2).

(2) Artículo 105 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

1.2 LOS METODOS DE CODIFICACION.

Las dificultades que lleva consigo la labor codificadora de normas conflictuales de Derecho Internacional se presentan precisamente como consecuencia de la naturaleza del sistema o método que pretende utilizarse para adoptar soluciones.

Los métodos que existen en la actualidad para elaborar convenciones internacionales son tres:

a) Método de Ley Uniforme. A través de este método se establecen en el tratado o acuerdo internacional normas sustantivas que deben ser aplicables de manera directa por los jueces nacionales de los países signatarios del tratado o acuerdo.

La posibilidad de utilizar con éxito este método depende directamente de la situación jurídica interna del país en cuestión; cuando en su propia legislación no se encuentra regulada la materia objeto del tratado la elaboración de una fórmula a nivel convencional muy probablemente será aceptada por todos.

Este método ha venido utilizándose desde el siglo pasado como fue el caso de la Convención de París sobre Propiedad Industrial, de 1883.

Existe, sin embargo, una desventaja en la aplicación de este método, que se presenta cuando el dispositivo del convenio internacional está formado por normas de naturaleza material o sustantiva susceptibles de ser aplicadas

directamente por los jueces nacionales de los países signatarios permitiendo en esta forma que su interpretación pueda variar de un juez a otro, provocando - con ello una disparidad en la aplicación del tratado lo que resulta desgraciada mente con cierta frecuencia. Ahora bien en el área interamericana este método como señala Pereznieto, "abre la posibilidad de ratificación para los Estados Unidos de América y el Canadá, en la medida que estos países tienen un sistema de Common Law radicalmente distinto al sistema interno codificado que -- tienen el resto de los países" (3).

b) Método Conflictual. Al aplicar este método se establecen en el tratado internacional reglas de conflicto o normas formales que deberán ser aplicadas por los jueces nacionales de los países que lo firman, con el objeto de que ante la diversidad de normas materiales o sustantivas se aplique aquella que señale la norma conflictual adoptada. Se trata del método conflictual tradicional que evita en gran medida los inconvenientes señalados para el caso de Ley Uniforme, aunque como puede inferirse presenta algunas complicaciones como son la obtención del texto de la Ley Nacional designada aplicable y su interpretación.

Con este método fue elaborada la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles.

c) Método Mixto. Cuando la temática de una convención interna-

(3) Pereznieto, Leonel: "Análisis de algunos Principios establecidos por las Convenciones aprobadas en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado de Montevideo"; Revista Jurídica de la Universidad Iberoamericana, Núm. 14, México, D.F., 1982, Pág. 254.

cional requiere en ocasiones de la utilización de normas conflictuales y en otras permite la inclusión de normas materiales, se pueden integrar en un sólo acuerdo preceptos de naturaleza formal y preceptos de naturaleza material, es decir utilizando a un mismo tiempo los dos métodos enunciados anteriormente:

En esto consiste el método mixto el cual tiene ciertas ventajas en la medida en que aporta cierta flexibilidad en la normatividad establecida en el instrumento internacional y, sobre todo, se logra una mayor adecuación en la regulación de que se trata. La desventaja que presenta es ante el juez nacional encargado de aplicar una normatividad de este tipo ya que los procedimientos de interpretación, como ya se señaló, en los dos casos difieren.

La naturaleza jurídica peculiarísima de los principios establecidos-- en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, hace a esta última distinguirse de todas las convenciones estipuladas a la fecha con los métodos anteriormente descritos. En efecto, esto se explica al observar como en esta convención se contienen "normas generales" de aplicación de principios de Derecho Internacional Privado y no derecho material unificado. Estamos en presencia de un acuerdo sobre la forma que deben comprenderse e incorporarse los principios generales de Derecho Internacional Privado en orden a una recta interpretación y aplicación del resto de las convenciones elaboradas en las reuniones de la Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado. Es evidente, como se apreciará más adelante que tampoco se trata de normas conflictuales de naturaleza-- formal y consecuentemente tampoco resulta equiparable este método al mixto.

A continuación procederemos a enunciar en forma sucinta aquellos acontecimientos que por su relevancia se considera que han sido especialmente trascendentes e influyentes en la elaboración de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.

1.3 EL CONGRESO DE LIMA DE 1877.

El ideal de formar en América una comunidad de países se originó en la época en que las naciones hispanoamericanas libraron sus guerras de independencia y fueron poco a poco cada una de ellas superándose al yugo impuesto por sus respectivos conquistadores. En un principio este deseo se encontraba fundado sobre la premisa de que el Nuevo Mundo habría de estar consagrado a la democracia, la paz y la libertad, en contraposición con la monarquía, la tiranía y la beligerancia predominantes en el Viejo Mundo. Consiguiendo una solidaridad internacional, cada una de las naciones de América se fortalecería individualmente contra cualquier agresor extranjero.

Este mismo propósito es el que animó a Simón Bolívar -incansable promotor de esta causa- a convocar un Congreso en Panamá al que asistieron en 1826 representantes de 7 países de América. La idea del panamericanismo sirvió para que hubiera posteriormente nuevas reuniones en Lima en 1847, en Santiago de Chile en 1856, y nuevamente en Lima en 1864.

Es hasta el año de 1875, cuando surge una iniciativa por parte del gobierno peruano para reunir un congreso internacional privado, y uniformar -- las técnicas conflictuales de los estados americanos.

El Congreso se verificó en Lima en el año 1877 con la asistencia de Argentina, Bolivia, Cuba, Chile, Ecuador y Perú. Posteriormente a su inauguración arribaron los delegados de Costa Rica y Venezuela. Se invitó a los Estados Unidos pero declinaron la invitación argumentando que su organización federal reservaba a los Estados Unidos de la Unión la competencia en determinadas materias, lo que impedía al Poder Ejecutivo la participación en congresos de esta clase.

Las discusiones de este Congreso giraron en torno a cuestiones sociales y jurídicas y se suscribió un tratado que contenía reglas para la solución de conflictos de leyes sobre el estado civil y capacidad jurídica de las personas, el matrimonio contraído por nacionales en el extranjero y para esos en el país; sucesiones, competencia sobre actos pasados o delitos cometidos en el extranjero. Esta primera convención interamericana de Derecho Internacional Privado sólo fue ratificada por el Perú.

En opinión del jurista chileno Duncker Biggs (4) el fracaso de este tratado internacional se explica por el hecho de que en el mismo prevalecía la nacionalidad como punto de conexión en la solución de los conflictos, siendo que esa teoría ya había sido rechazada por el resto de los países americanos - que se regían por la ley del domicilio.

Para concluir podemos decir que este congreso debe considerarse--

(4) Ritch, James: "La Codificación del Derecho Internacional Privado de los Países Americanos", Tesis Profesional, 1964, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., págs. 14 y 15.

particularmente significativo desde el punto de vista que constituye la primera vez que un grupo de naciones americanas se reúnan para tratar temas con un contenido principal de Derecho Internacional Privado, es por eso que como antecedente requiere nuestra atención especial.

1.4 LOS TRATADOS DE MONTEVIDEO DE 1889.

Como una reacción a los principios impuestos en Lima, diez años-- después se celebró un congreso en la ciudad de Montevideo que fue inaugurado en 1888 concluyendo el año siguiente. Su origen es atribuido al jurista uruguayo Gonzalo Ramírez, primer profesor de Derecho Internacional Privado en la -- Facultad de Derecho de Montevideo.

A esta asamblea acudieron representantes de Argentina, Bolivia, Bra sil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay.

Se consiguió en este congreso hacer una codificación muy completa y se suscribieron los siguientes tratados:

- a) Tratado de Derecho Civil Internacional
- b) Tratado de Derecho Comercial Internacional
- c) Derecho Penal Internacional
- d) Tratado de Derecho Procesal Internacional
- e) Tratado de Propiedad Literaria
- f) Tratado de Marcas de Comercio y Fábrica

g) Convención sobre el ejercicio de profesiones liberales

h) Protocolo adicional.

Nuestro objetivo al comentar estos tratados será el desentrañar -- aquellas normas generales de Derecho Internacional Privado que se intercalaron en su articulado y clasificarlas de acuerdo a los principios consagrados en las mismas. Para tal efecto, manteniendo el enfoque que hemos adoptado analizaremos a continuación algunos artículos del Tratado de Derecho Civil Internacional y del Protocolo Adicional.

Tratado de Derecho Civil Internacional.

"Artículo 1o. La capacidad de las personas se rige por las leyes de su domicilio".

"Artículo 2o. El cambio de domicilio no altera la capacidad adquirida por emancipación, mayor de edad o habilitación judicial".

"Artículo 4o. La existencia y capacidad de las personas jurídicas de carácter privado se rige por las leyes del país en el cual han sido reconocidas como tales.

"El carácter que revisten las habilita plenamente para ejercitar -- fuera de su institución todas las acciones y derechos que les corresponden.

"Más, para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto especial de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas por el Estado en el cual intenten realizar dichos actos".

"Artículo 5o. La ley del lugar en el cual reside la persona determina las condiciones requeridas para que la residencia constituya domicilio".

"Artículo 9o. Las personas que no tuvieran domicilio conocido lo tienen en el lugar de su residencia".

"Artículo 26. Los bienes cualquiera que sea su naturaleza son exclusivamente regidos por la ley del lugar donde existen en cuanto a su calidad, a su posesión, a su enajenabilidad absoluta o relativa y a todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles".

"Artículo 30. El cambio de situación de los bienes muebles no -- afecta los derechos adquiridos con arreglo a la ley del lugar donde existían al tiempo de su adquisición. Sin embargo, los interesados están obligados a llenar los requisitos de forma o de fondo exigidos por la ley del lugar de la nueva situación para la adquisición o conservación de los derechos mencionados".

"Artículo 31. Los derechos adquiridos por terceros sobre los mismos bienes, de conformidad a la ley del lugar de la nueva situación, después del cambio operado y antes de llenarse los requisitos referidos, priman sobre los del primer adquirente".

"Artículo 32. La ley del lugar donde los contratos deben cumplirse decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente".

"Artículo 34. En consecuencia, los contratos sobre cosas ciertas e individualizadas se rigen por la ley del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración."

"Los que recaigan sobre cosas determinadas por su género, por la del lugar del domicilio del deudor, al tiempo en que fueron celebrados."

"Los referentes a cosas fungibles por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo de su celebración."

"Los que versen sobre prestación de servicios:

- a) Si recaen sobre cosas, por la del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración;
- b) Si su eficacia se relaciona con algún lugar especial, por la de aquel donde hayan de producir sus efectos;
- c) Fuera de estos casos, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo de la celebración del contrato".

"Artículo 36. Los contratos accesorios se rigen por la ley de la obligación principal de su referencia".

"Artículo 37. La perfección de los contratos celebrados por correspondencia o mandatario se rige por la ley del lugar del cual partió la oferta".

"Artículo 38. Las obligaciones que nacen sin convención se rigen por la ley del lugar donde se produjo el hecho lícito o ilícito de que proceden".

Artículo 39. Las formas de los instrumentos públicos se rigen por la ley del lugar en que se otorgan. Los instrumentos privados, -- por la ley del lugar del cumplimiento del contrato respectivo".

Como ha podido observarse, el sistema que se adoptó en estos tratados fue el de la teoría del domicilio y no de la nacionalidad, lo que determinó su divorcio entre el sistema europeo prevaletiente y el sistema de los países americanos. Arellano (5) considera que la adopción del sistema de domicilio se debió a la inmigración considerable de extranjeros en América.

Así mismo se destacó la consignación del punto de conexión "residencia" complementariamente al de "domicilio". Además se estableció el respeto a los derechos adquiridos en lo que se refiere a capacidad y bienes muebles y se adopta el principio de "lex loci executionis" para todos aquellos actos jurídicos que no constan en instrumentos públicos pues para estos últimos se estableció como norma aplicable la del lugar donde se otorgan.

(5) Arellano García, Carlos: "Derecho Internacional Privado" séptima edición, 1984, Editorial Porrúa, México, D. F., pág. 79.

"Artículo 36. Los contratos accesorios se rigen por la ley de la obligación principal de su referencia".

"Artículo 37. La perfección de los contratos celebrados por correspondencia o mandatario se rige por la ley del lugar del cual partió la oferta".

"Artículo 38. Las obligaciones que nacen sin convención se rigen por la ley del lugar donde se produjo el hecho lícito o ilícito de donde proceden".

Artículo 39. Las formas de los instrumentos públicos se rigen por la ley del lugar en que se otorgan. Los instrumentos privados, -- por la ley del lugar del cumplimiento del contrato respectivo".

Como ha podido observarse, el sistema que se adoptó en estos tratados fue el de la teoría del domicilio y no de la nacionalidad, lo que determinó su divorcio entre el sistema europeo prevaleciente y el sistema de los países americanos. Arellano (5) considera que la adopción del sistema de domicilio se debió a la inmigración considerable de extranjeros en América.

Así mismo se destacó la consignación del punto de conexión "residencia" complementariamente al de "domicilio". Además se estableció el respeto a los derechos adquiridos en lo que se refiere a capacidad y bienes muebles y se adopta el principio de "lex loci executionis" para todos aquellos actos jurídicos que no constan en instrumentos públicos pues para estos últimos se estableció como norma aplicable la del lugar donde se otorgan.

(5) Arellano García, Carlos: "Derecho Internacional Privado" séptima edición, 1984, Editorial Porrúa, México, D. F., pág. 79.

Conviene hacer notar que el artículo 4o. en un primer párrafo, le da aplicación extraterritorial a la norma jurídica extranjera en lo que se refiere a la capacidad de las personas jurídicas pero, en el párrafo tercero, respecto al ejercicio de los actos relativos a su objeto, las sujeta a las leyes del Estado en donde se realicen tales actos.

En relación al Protocolo Adicional se hace necesario transcribir los siguientes artículos del mismo:

"Artículo 1o. Las leyes de los Estados contratantes serán aplicadas en los casos ocurrentes, ya sean nacionales o extranjeras las personas interesadas en la relación jurídica de que se trate".

"Artículo 2o. Su aplicación 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".

"Artículo 3o. Todos los recursos acordados por la ley de procedimientos del lugar del juicio para los casos resueltos según su propia legislación, serán igualmente admitidos para los que se decidan aplicando las leyes de cualesquiera de los otros Estados".

"Artículo 4o. Las leyes de los demás Estados, jamás serán aplicadas contra las instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso".

"Artículo 5o. De acuerdo con lo estipulado en este Protocolo, los gobiernos se obligan a transmitirse recíprocamente dos ejemplares auténticos de las leyes vigentes, y de las que posteriormente se sancionan en sus respectivos países".

Calandrelli por su parte, apreciando el valor codificador de estos tratados expresó: "sean cuales fueren las deficiencias de que dichos tratados adolecen, y si bien en algunos puntos no aconciuerdan con los principios de nuestra legislación, cabe a las naciones iniciadoras del Congreso de Montevideo el-

honor, no sólo de la primera iniciativa llevada a feliz término en el siglo pasado, de codificación de nuestra ciencia, sino también de haber adoptado principios liberales y altamente humanitarios, concordes con las modalidades y exigencias de los países americanos" (6).

Los Tratados de Montevideo fueron ratificados por Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay. Cualquier país americano puede adherirse a --ellos y así lo hizo Colombia que se adhirió a algunos de ellos. Alemania en 1927 notificó su adhesión al convenio de propiedad literaria y artística, habiendo aprobado Argentina dicha adhesión.

1.5 LOS TRATADOS DE MONTEVIDEO DE 1940.

Al celebrarse los cincuenta años de la firma de los primitivos Tratados de Montevideo, los países anfitriones de la reunión de 1888 cursaron nuevas invitaciones a los mismos gobiernos que asistieron a la primera cita con el objeto de reunirse nuevamente en la capital uruguaya para revisar los Tratados suscritos.

Con la asistencia de todos los países invitados, con excepción de --Brasil, los congresistas iniciaron sus trabajos en una primera etapa teniendo como base los proyectos elaborados por el Instituto Uruguayo de Derecho Internacional, consultados con el similar argentino, y proyectos presentados por las diversas delegaciones, emprendiendo así la obra de revisión de los Tratados de --

(6) Romero del Prado, Víctor: "Manual de Derecho Internacional Privado"; La Ley, 1944, Buenos Aires, pág. 612.

1889. La tarea quedó inconclusa pero se consiguió la aprobación de un tratado sobre asilo político, otro sobre propiedad intelectual y uno más relativo al ejercicio de profesiones liberales.

Una segunda etapa se inició en 1940 con la asistencia de Brasil y Colombia además de los nombrados. Sus trabajos culminaron con la firma de cuatro tratados y un Protocolo Adicional. Los tratados versaban sobre Derecho Penal Internacional, Derecho de la Navegación Comercial Internacional, Derecho Comercial Terrestre Internacional y Derecho Civil Internacional.

Como apreciación general podemos decir que los tratados de 1940 no modifican sustancialmente los de 1889. Por el contrario, siempre existió en el ánimo de los asistentes a la reunión de 1940 el deseo de mantener los principios fundamentales que inspiraron los antiguos acuerdos. Ello no obsta a que se efectuaran modificaciones de gran importancia. En el Derecho Comercial, por ejemplo, se desglosó el Derecho de la Navegación Comercial del Derecho--Terrestre y se le dió autonomía de Tratado independiente.

Respecto a las invocaciones relacionadas con nuestro tema nos referimos a aquellas que aportan circunstancias importantes y para ese efecto transcribimos aquellos artículos del Tratado de Derecho Civil Internacional, del Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional y del Protocolo Adicional que sufrieron modificaciones significativas:

Tratado de Derecho Civil Internacional.

Con respecto al Artículo 10 se decide precisar más en lo relativo--

a la existencia, estado civil y capacidad de las personas físicas y no se reconoce la incapacidad penal. Queda redactado en estos términos:

"la existencia, el estado y la capacidad de las personas físicas, se rigen por la ley de su domicilio. No se reconocerá incapacidad - de carácter penal, ni tampoco por razones de religión, raza, nacionalidad u opinión".

Presumimos que al referirse a la opinión se está considerando el dogma político de las personas lo cual es atinado pues la eficacia de un tratado iusprivatista internacional, no tiene porque estar sujeta a ninguna ideología.

El artículo 2o. sostiene el respeto a los derechos adquiridos, pero ahora se redacta en forma más general:

"El cambio de domicilio no restringe la capacidad adquirida".

El artículo 4o. sufre una modificación, la existencia y capacidad de las personas jurídicas de carácter privado en adelante se regirá por la ley del país en que tengan su domicilio y no por la ley del país en que han sido reconocidos como tales:

"la existencia y capacidad de las personas jurídicas de carácter privado, se rigen por las leyes del país de su domicilio".

Se especifica además en este mismo precepto que el ejercicio de los actos comprendidos en su objeto social debe ser "habitual" para poder quedar sujetos a las prescripciones del Estado donde se realicen los actos.

El Artículo 5o. señala con amplitud las situaciones determinantes del domicilio:

"En aquellos casos que no se encuentren previstos en el presente Tratado, el domicilio civil de una persona física, en lo que atañe a las relaciones jurídicas internacionales, será determinado, en su orden, por las circunstancias que a continuación se enumeran:

1a. La residencia habitual en un lugar con ánimo de permanecer en él;

2a. A falta de tal elemento, la residencia habitual en un mismo lugar del grupo familiar, integrado por el cónyuge y los hijos menores e incapaces; o la del cónyuge con quien haga vida común o a falta de cónyuge, la de los hijos menores o incapaces con quien conviva;

3a. El lugar del centro principal de sus negocios;

4a. En ausencia de todas estas circunstancias se reputará como domicilio la simple residencia".

"Artículo 6o. Ninguna persona puede carecer de domicilio ni tener dos o más domicilios a la vez".

Lo anterior permite al juez, que conozca de un litigio la facultad de determinar, salvo prueba en contrario, cual es el verdadero domicilio de -- una persona para estos efectos, y rechazar aquellos lugares que no lo sean haciendo una fundamentación con las disposiciones calificativas de este tratado.

En los artículos 7o., 8o., 9o. y 10o., se contienen las reglas aplicables para regir el domicilio de los incapaces, de los cónyuges, de la mujer casada y de las personas jurídicas civiles. En lo que respecta a los casos de -- cambio de domicilio, la regla la indica el artículo 11:

"Artículo 11. En caso de cambio de domicilio, el ánimo resultará salvo prueba en contrario, de la declaración que el residente haga ante la autoridad local del lugar a donde llega; y, en su defecto, de las circunstancias del cambio".

Con respecto al cambio de situación de los bienes muebles, no se opera ninguna modificación. Sin embargo, se adiciona un párrafo al artículo - 34, que abre esta hipótesis en relación con los muebles sujeto a litigio.

"El cambio de situación de la cosa mueble litigiosa, operado después de la promoción de la respectiva acción real, no modifica las reglas de competencia legislativa y judicial que originariamente fueron aplicables".

En relación a los derechos adquiridos se menciona:

"Artículo 35. Los derechos adquiridos por terceros sobre los mismos bienes, de conformidad con la ley del lugar de su nueva situación, después del cambio operado y antes de llenarse los requisitos referidos, priman sobre los del primer adquirente".

Las reglas contenidas en el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889, relativas a la formalidad de los actos jurídicos, adquieren cohesión en 1940 con el artículo 36 que establece:

"Artículo 36. La ley que rige los actos jurídicos decide sobre la-

calidad del documento correspondiente. Las formas y solemnidades de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar en donde se celebran u otorgan. Los medios de publicidad, por la ley de cada Estado".

El artículo 4o. adopta una posición interesante al establecer que - aquellos actos y contratos en los cuales no pueda determinarse al tiempo de - ser celebrados, el lugar de su cumplimiento, se regirán por la ley del lugar de su celebración.

Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional.

El artículo 1o. de este tratado establece la ley competente para calificar el acto civil o comercial:

"Los hechos y los actos jurídicos serán considerados civiles o comerciales, con arreglo a la ley del Estado en donde se realizan".

Con relación a este artículo Somerville nos dice: "es interesante anotar que la disposición atiende en su reglamentación tanto a los actos como a los hechos jurídicos. Y ello con razón, ya que existen numerosos hechos de la naturaleza que generan consecuencias en la esfera jurídica, sea civil o comercial, como en el caso de los delitos y cuasi delitos provocados en un abordaje, la intervención en una letra de cambio, la competencia desleal y otros, todos los cuales no pueden catalogarse de actos jurídicos" (7).

Protocolo Adicional.

Se especifica nuevamente en este protocolo las normas generales -

(7) Somerville, Hernán: "Uniformidad del Derecho Internacional Privado Convencional Americano"; Ed. Jurídica de Chile; Santiago de Chile; 1965, pág. 82.

para la aplicación de las leyes de cualquiera de los Estados contratantes en los territorios de los otros, agregando tan sólo un principio de gran trascendencia para nuestra temática. Esta innovación la contiene el artículo 5o.:

"La jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos tratados no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley".

A excepción de Argentina que ratificó los Tratados aprobados en la segunda etapa ninguno de los tratados suscritos ha obtenido hasta hoy en -- día, la ratificación de los Estados signatarios y por consiguiente no han tenido vigencia. Los Tratados de Montevideo de 1940 ratificaron el criterio de los que le precedieron, adoptando como punto de conexión para las relaciones personales la ley del domicilio.

1.6 EL CODIGO BUSTAMANTE DE 1928.

Es ahora en la Habana, Cuba, donde concluye satisfactoriamente -- un capítulo muy importante de la historia de la codificación del Derecho Internacional Privado. Esta conferencia se caracteriza por una fecunda labor, se -- reunió a principios de 1928 y aprobó en pleno, el 13 de febrero el Código Bustamante, bautizado así por ser obra del eminente profesor cubano Antonio Sánchez de Bustamante.

El Código está compuesto de 437 artículos, que abarcan: reglas generales, el Derecho Civil Internacional, el Derecho Mercantil Internacional y el Derecho Procesal Internacional incluyendo en éste la extradición.

Siguiendo la metodología utilizada para el examen de los Tratados de Montevideo, solamente se analizarán aquellas disposiciones que tengan relevancia directa con los principios generales del Derecho Internacional privado. Dentro de las reglas generales se establecen los lineamientos básicos que a continuación se transcriben:

"Artículo 3o. Para el ejercicio de los derechos civiles y para el goce de las garantías individuales idénticas, las leyes y reglas vigentes en cada Estado contratante se estiman divididas en las tres -- clases siguientes:

I. Las que se aplican a las personas en razón de su domicilio o de su nacionalidad y las siguen aunque se trasladen a otro país, denominadas personales o de orden público interno.

II. Las que se obligan por igual a cuantos residen en el territorio, sean o no nacionales, denominadas territoriales, locales o de orden público internacional.

III. Las que se aplican solamente mediante la expresión, la interpretación o la presunción de la voluntad de las partes o de alguna de ellas, denominadas voluntarias o de orden privado".

"Artículo 4o. Los preceptos constitucionales son de orden público internacional".

"Artículo 5o. Todas las reglas de protección individual y colectiva, establecidas por el derecho político y el administrativo, son también de orden público internacional, salvo el caso de que expresamente se disponga de ellas lo contrario".

"Artículo 6o. En todos los casos no previstos por este Código, cada uno de los Estados contratantes aplicará su propia calificación a las instituciones o relaciones jurídicas que hayan de corresponder a los grupos de leyes mencionados en el artículo 3o."

"Artículo 7o. Cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio, las de la nacionalidad o las que hayan adoptado o adopte en lo adelante su legislación interior".

El resultado obtenido por los congresos celebrados con anterioridad a la Sexta Conferencia Internacional Americana había sido relativamente pobre. Ello se debió a la terquedad de los Estados en lo relativo a las leyes reguladoras del llamado estatuto personal de los individuos. En esta cuestión que hemos visto, algunos Estados adoptaban como punto de conexión la nacionalidad y otros el domicilio; y la oposición entre los partidarios de ambas era irreductible, de tal forma que cada Estado no admitía otra solución que la propia.

El autor del Código consideró, pues, que el único camino para solucionar la dificultad era el "respetar la voluntad y el criterio nacional de cada Estado, considerando que la adopción de la nacionalidad o del domicilio es en realidad para cada Estado un problema de orden público internacional" (8).

"Con tal fórmula, apunta Miaja de la Muela, la finalidad esencial de lograr una solución uniforme de un mismo conflicto de leyes, sea cualquiera el Estado cuyos tribunales hayan de resolverlo, queda frustrada en todo cuanto se refiere al estatuto personal, siempre que en una misma relación de la vida esté interesado un individuo que tenga nacionalidad y domicilio respectivamente, en dos Estados, cada uno de los cuales haya adoptado uno de estos vínculos como punto de conexión" (9).

"Artículo 80. Los derechos adquiridos al amparo de las reglas de este código tienen plena eficacia extraterritorial en los Estados -- contratantes, salvo que se opusiere a alguno de sus efectos o consecuencias una regla de orden público internacional".

(8) Duncker Biggs, Federico: "Derecho Internacional Privado" parte general, Ed. Jurídica de Chile, 1967, pág. 128.

(9) Miaja de la Muela, Adolfo: "Derecho Internacional Privado"; Ed. Atlas, Madrid, 1981, Tomo I, octava edición, pág. 500.

El Código Bustamante señala la ley territorial como aplicable para determinar el concepto de domicilio, su pérdida o recuperación. En cambio es coge la ley del Tribunal como la competente tratándose de cambio de domicilio" (10). Los preceptos relativos son los siguientes:

"Artículo 22. El concepto, adquisición, pérdida y recuperación del domicilio general y especial de las personas naturales o jurídicas-- se regirán por la ley territorial".

"Artículo 25. Las cuestiones sobre cambio de domicilio de las -- personas naturales o jurídicas se resolverán de acuerdo con la ley-- del tribunal, si fuere el de uno de los Estados interesados, y en -- su defecto por la del lugar en que se pretenda haber adquirido el-- último domicilio".

"Artículo 26. Para las personas que no tengan domicilio se enten-- derá como tal el de su residencia, o en donde se encuentre".

En relación a la capacidad se establece:

"Artículo 27. La capacidad de las personas individuales se rige -- por su ley personal, salvo las restricciones establecidas para su -- ejercicio por este Código o por el derecho local".

Tratándose de bienes se prevé:

"Artículo 105. Los bienes, sea cual fuere su clase, están sometidos a la ley de la situación".

"Artículo 112. Se aplicará siempre la ley territorial para dis-- tinguir entre los bienes muebles e inmuebles, sin perjuicio de los-- derechos adquiridos por terceros".

(10) Siqueiros, José Luis: op. cit. pág. 103.

"Artículo 113. A la propia ley territorial se sujetan las demás clasificaciones y calificaciones jurídicas de los bienes".

Finalmente con relación a las obligaciones y los contratos el Código señala:

"Artículo 164. El concepto y clasificación de las obligaciones se sujetan a la ley territorial".

"Artículo 165. Las obligaciones derivadas de la ley se rigen por el derecho que las haya establecido".

"Artículo 166. Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos, salvo las limitaciones establecidas en este Código".

"Artículo 169. La naturaleza y efectos de las diversas clases de obligaciones así como su extinción, se rigen por la ley de la obligación de que se trata.

"Artículo 175. Son reglas de orden público internacional, las que impiden establecer pactos, cláusulas y condiciones contrarias a las leyes, la moral y el orden público y la que prohíbe el juramento y lo tiene por no puesto".

"Artículo 176. Dependen de la ley personal de cada contratante las reglas que determinen la capacidad para prestar el consentimiento".

El éxito del Código Bustamante resalta con evidencia por el simple hecho de que fue ratificado por quince naciones americanas. De las quince naciones americanas, Caicedo Castilla dice que "cinco han subordinado su ratificación a reservas generales que privan de importancia a la ratificación misma y hacen que en realidad sólo en diez países del continente rija el Código (11).

(11) : Arellano García, Carlos: op. cit., pág. 81.

Algunos países como Argentina y Paraguay declararon el mantenimiento de los Tratados de 1889. Fundamentalmente las reservas se referían al criterio transaccional que se pretendía entre los principios de nacionalidad y el domicilio, punto que dividía profundamente a los países. Las delegaciones de Colombia y Costa Rica establecieron que "suscriben el Código de Derecho Internacional Privado de una manera global con la reserva expresa de todo cuanto pueda entrar en contradicción con la legislación colombiana y costarricense" (12).

Al igual que todos los países americanos México, también fue invitado a este Congreso y asistió aprobando el Código Bustamante, sin embargo, nunca lo ratificó.

Resumiendo lo expuesto respecto de la codificación del Derecho Internacional Privado en América, podemos agrupar los diferentes Estados americanos, desde el punto de vista de la legislación internacional vigente en ellos-- en 1940, de la siguiente forma:

A) Países en que regía el Código Bustamante: Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela.

b) Países en que regían los Tratados de Montevideo: Argentina, Bolivia, Colombia, Perú, Paraguay y Uruguay.

(12) Guzmán Diego y Millán, Marta: "Curso de Derecho Internacional Privado"; Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1973, pág. 210.

c) Países con doble legislación internacional general, es decir en- que reglan el Código Bustamante y los Tratados de Montevideo: Bolivia y Perú.

d) Países que carecían de legislación internacional general: Esta- dos Unidos y México.

Nuestro país, es el único Estado latinoamericano que no se ha ad- herido ni a los Tratados de Montevideo ni al Código Bustamante, por lo que -- hasta este momento carecía de legislación internacional general. Estados Uni- dos, si bien no votó en contra, se abstuvo en la Conferencia de la Habana de- suscribir la Convención y el Código, pero prometió adherirse por lo menos a -- una parte del mismo con posterioridad, lo que no ha hecho hasta el momento.

1.7 THE RESTATEMENT OF THE LAW OF CONFLICT OF LAWS (LAS RE- FORMULACIONES DEL DERECHO SOBRE CONFLICTO DE LEYES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA).

Muy probablemente se sorprenderá el lector de que hayamos inclui- do el tema de los Restatements norteamericanos en este capítulo siendo que - estas obras no constituyen -técnicamente hablando- codificación alguna. Por - otra parte, si el ámbito espacial de aplicación de los principios en ellos conte- nidos se limita a los Estados Unidos de América, tampoco se puede decir que- estemos en presencia de acuerdos internacionales.

Hemos querido, sin embargo, incurrir en esta pequeña heterodoxia- debido a que en el inciso siguiente haremos referencia continua a estas obras-

y el anticipar su exposición ayudará a comprender mejor los motivos por los cuales ha sido tan difícil lograr una legislación uniforme en América en materia de normas generales de Derecho Internacional Privado.

Si los Estados Unidos de América, son el único país americano que a la fecha se ha abstenido de ratificar convenios internacionales generales en esta materia, creemos indispensable exponer al menos los criterios nacionales que al respecto prevalecen y estos principios los encontramos hoy por hoy en los Restatements.

Al referirnos a los Restatements en el presente trabajo, no sólo lo haremos abarcando su evolución histórica, sino que además, nos extenderemos en consideraciones relativas a su naturaleza jurídica y orientaciones doctrinales lo cual nos permitirá deducir hasta cierto punto los motivos por los cuales los Estados Unidos de América han rechazado su adhesión a los Tratados de Montevideo, al Código de Bustamante y a las convenciones elaboradas en el seno de la Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP). Principalmente en estas últimas reuniones es donde se ha buscado con más empeño la armonización de los principios conflictuales prevalentes en los países latinoamericanos con los del sistema legal estadounidense, lo anterior resulta lógico toda vez que día con día aumentan en números muy considerables las relaciones jurídicas internacionales en las que al menos uno de los puntos de conexión está vinculado con este país, razón por la cual existe el deseo, compartido por todos los países americanos, de contar con reglas uniformes para solucionar los conflictos que derivan de estas relaciones.

El desconocimiento que existe en los países latinoamericanos del sistema legal que han adoptado los Estados Unidos de América es realmente lamentable dado que representa un conjunto de soluciones novedosas y oportunas en muchos aspectos, que podría ayudar a enriquecer nuestros sistemas jurídicos basados en la cultura del derecho escrito romano.

Sabemos que los Estados Unidos establecieron una forma federal de gobierno, expresión política que se traduce en la existencia de numerosos estados dentro de la Unión, cada uno de los cuales tiene facultad para legislar en materias civiles y procesales y de organizar sus propias jurisdicciones. La Constitución de la Unión garantiza estas facultades en forma estricta.

Atendida esta diversidad de legislaciones y jurisdicciones se comprenderá fácilmente el cúmulo de problemas de nuestra ciencia que se presentan en la vida diaria de los norteamericanos y la importancia que tienen las reglas del Derecho Internacional Privado.

Por otra parte, prevalece en los Estados Unidos el sistema jurídico anglosajón del Common Law. El Common Law se desprende de las decisiones de los jueces en los diferentes casos que conocen. No sólo comprende los principios jurídicos desarrollados exclusivamente por resoluciones judiciales, sino también, aquellos derivados de la aplicación que los tribunales hacen de las leyes dictadas por los distintos Estados.

Las complicaciones siempre crecientes de la vida económica moderna, así como el sinnúmero de decisiones judiciales, en la mayoría de los casos

contradictorios, determinó una gran incertidumbre y falta de claridad en el de recho vigente. Ello decidió la elaboración de Restatements que como su nombre lo indica propenden a una reformulación, una nueva manifestación y sistematización del Derecho Común, con el fin de obtener claridad y certidumbre-- en su aplicación, y evitar así el descrédito del Derecho Común y la necesidad de adoptar códigos rígidos sobre la materia.

En el año de 1923 un grupo de profesores y juristas fundó el Ame rican Law Institute, organismo privado integrado por Magistrados de la Corte - Suprema, de los Tribunales de Apelación y de las Cortes Supremas de los Esta dos, por los presidentes de las asociaciones de abogados, y profesores.

El Instituto se avocó a la agobiante tarea de lograr esta sistemat ización del Derecho Común, para lo cual hubo de analizar centenares de senten cias y leyes.

La dirección de los trabajos para la elaboración del Restatement relativo a los conflictos de leyes estuvo a cargo del jurista americano y profesor de Harvard, Joseph Beale quien presentó un proyecto en 1929. Durante -- 1930 y 1931 el Instituto analizó el proyecto y le prestó su aprobación en el año de 1934.

Constó, este Primer Restatement of Law of Conflict of Laws de 625 artículos distribuidos en doce capítulos: introducción, domicilio, competen cia en general, competencia judicial, estado de las personas, personas jurídicas, derecho reales, contratos, actos ilícitos, sentencias y otras obligaciones impues tas por la ley, administración de patrimonios y procedimiento.

Con respecto a la orientación doctrinal de esta compilación de -- criterios Miaja de la Muela apunta que "refleja las enseñanzas de la escuela - de Harvard en su sentido territorialista, mitigado por la extensión, dada a la-- ley del domicilio y por el respeto a los derechos adquiridos" (13). Este res-- peto a los derechos adquiridos es resultado de la influencia del jurista inglés - Dicey, en el pensamiento de Beale.

El Restatement. es una obra privada. No ha sido preparado ni apro-- bado por ninguna Asamblea Internacional ni autoridad legislativa, sin embargo,- su metodología y versatilidad lo convierten en el instrumento más útil para co-- nocer los criterios legales y judiciales que imperan actualmente en esa nación en materia de Derecho Internacional Privado.

Sommerville, nos describe la forma en que está redactado: "su -- diversa naturaleza jurídica en relación a los ordenamientos latinos, se traduce-- en la forma peculiar en que se enuncian los principios jurídicos. En los códi-- gos americanos, el contenido jurídico de cada precepto se contiene en el res-- pectivo artículo. En el Restatement, basado en el Derecho Común, al cual - pretende sistematizar, la expresión de las normas es diversa. El contenido de-- cada precepto no está en el artículo respectivo, sino que, empleando una fraseo-- logía descriptiva, el precepto se vincula con el Derecho Común, el cual en úl-- timo grado lo explica y desarrolla. Cada artículo va acompañado de ejemplos, casos y explicaciones, fundados en el Common Law" (14).

(13) Miaja de la Muela, Adolfo: op. cit., pág. 504.

(14) Sommerville, op. cit., pág. 18.

Un segundo Restatement fue elaborado por el American Law Institute; esta vez bajo la dirección del Prof. Willis Reese. Este fue terminado en 1969 y publicado en 1971. Se adoptan en este Restatement algunas reglas distintas del anterior: es el caso de soluciones fundamentadas en la doctrina contemporánea de Lorenzen y Cook que "proponen una nueva interpretación de la aplicación del derecho extranjero: cuando los tribunales aplican una ley extranjera "crean una ley interna" semejante a aquella, basándose, en los "principios de convivencia social" (on grounds of social convenience), con el objeto de "otorgar derechos parecidos a los que la ley extranjera otorga en el caso concreto" (Graveson). A este proceder lo denominan la "teoría del derecho local" (Local Law Theory)" (15).

"Así mismo se sigue en la obra de Reese el principio de "the most significant relationship", es decir, aplicar la ley que mantiene una relación más íntima con los hechos de cada caso, consecuentemente con la tendencia, muy marcada últimamente de los Estados Unidos, de evitar la incongruencia de aplicar mecánicamente la que resulte de un punto de conexión, como el del lugar de producción del hecho a la responsabilidad por acto ilícito, que acaso, no -- tenga relación con los litigantes" (16).

A continuación procederemos a exponer aquellos principios jurídicos (17) contenidos en este segundo Restatement que tienen relación con el tema que tratamos:

-
- (15) Pereznieto, Leonel: "Derecho Internacional Privado"; Ed. Harla, México, D.F., 1984, tercera edición, pág. 234.
- (16) Mijaja de la Muela, Adolfo: op. cit., pág. 504.
- (17) Estos principios jurídicos han sido extraídos del artículo de José Luis Si-
queiros, op. cit., págs. 148-152.

Reglas Conflictuales (sección 6):

- 1) Sujeto a las restricciones constitucionales el tribunal seguirá la directriz legislativa de su propio estado, al determinar la ley competente.
- 2) Cuando no exista tal directriz, los factores relevantes para la determinación de la norma legal aplicable incluyen:
 - a) Las necesidades de los sistemas interestatales o internacionales,
 - b) Las políticas relevantes del foro,
 - c) Las políticas relevantes de otros estados en la determinación de la solución particular,
 - d) La protección de las expectativas justificadas,
 - e) Las políticas básicas destacando el campo particular de derecho,
 - f) Seguridad, previsión y uniformidad de resultado, y
 - g) Facilidad en la determinación y en la aplicación del derecho que será aplicado.

Calificación (sección 7):

- 1) La clasificación e interpretación de conceptos legales y términos involucran cuestiones de caracterización, como el concepto es usado en el Restatement de esta materia.

- 2) La clasificación o interpretación de los conceptos y términos de conflictos de leyes son determinados de acuerdo con la ley del foro, excepto como se establece en la sección 8.
- 3) La clasificación e interpretación de los conceptos y términos de la ley local son determinados de acuerdo con la ley que regula la materia involucrada.

Reenvío (sección 8):

- 1) Cuando obedeciendo su propia regla de conflicto para aplicar "la ley" de otro Estado, el tribunal del foro aplica la ley local de otro Estado, excepto como lo establecen las subsecciones 2) y 3) siguientes:
- 2) Cuando el objetivo de la regla particular de conflicto de leyes es que el tribunal del foro alcance el mismo resultado sobre los hechos fundamentales involucrados, como podría alcanzarlo el tribunal de otro Estado, el tribunal del foro aplicará las reglas de solución de conflictos del otro estado, sujeto a las -- consideraciones de practicabilidad y factibilidad.
- 3) Cuando el Estado donde esté situado el tribunal del foro no tiene una relación substancial con la materia particular, o las partes y los tribunales de los otros Estados interesados coincidieran en la selección de la regla jurídica local aplicable a es

ta materia, el tribunal del foro deberá aplicar dicha regla.

Límites en la determinación de la ley aplicable (sección 9):

"Un tribunal no podrá aplicar la ley local de su propio Estado para resolver un punto concreto, a menos que tal aplicación sea razonable a la luz de la relación existente entre dicho Estado y los otros Estados en cuanto a la persona, cosa o hecho involucrado".

Conflictos de leyes interestatales o internacionales (sección 10):

Las reglas en el Restatement de esta materia se aplican a los casos con elementos en uno o más Estados de los Estados Unidos y son generalmente aplicables a los casos con elementos en una o más naciones extranjeras. Pueden haber, sin embargo, factores en un caso internacional específico, que lleven a resultados diferentes de los que podrían alcanzarse en un caso estatal.

Domicilio (sección 11):

- 1) El domicilio es un lugar, usualmente, el hogar de una persona, al que las reglas de conflicto de leyes acuerdan algunas veces conceder significación determinativa, porque es la identificación de la persona con ese lugar.
- 2) Cada persona tiene un domicilio en todo tiempo y, en forma consistente, ninguna persona tiene más de un domicilio al mismo tiempo.

Sobre las obligaciones (sección 187):

- 1) La ley del Estado escogida por las partes para regir sus derechos y obligaciones contractuales será la aplicable si el caso concreto es uno en el que dichas partes pueden así resolverlo mediante una estipulación explícita.
- 2) La ley del Estado escogida por las partes para regir sus derechos y obligaciones contractuales será aplicada, aun cuando en el caso concreto las partes no estuvieran en posibilidad de determinarlo mediante una estipulación explícita, a menos que:
 - a) El Estado cuya ley haya sido elegida no tenga una relación substancial con las partes o con la operación, sin que exista alguna otra base razonable para fundar la elección hecha por las partes contratantes, o
 - b) La aplicación de la ley elegida fuera contraria al orden público del Estado que tiene materialmente un interés mayor en la determinación del punto controvertido y el que, de acuerdo con la regla de la sección 188 sería considerado como el Estado cuya ley sería aplicable en ausencia de una efectiva elección de las partes contratantes;
- 3) En ausencia de una indicación contraria de intención, debe considerarse que la referencia es hecha a la ley local del Estado cuyo derecho ha sido elegido por las partes.

Ley competente en ausencia de una efectiva elección de las partes contratantes (sección 188):

- 1) Los derechos y obligaciones de las partes con respecto a una materia contractual son determinados por el derecho local del Estado que, respecto a dicha materia, tiene la relación más significativa respecto a la operación y a las partes contratantes, según los principios establecidos en la sección 6.

- 2) En ausencia de una efectiva elección por las partes contratantes, los contactos (puntos de conexión) que deben tomarse en cuenta para la aplicación de los principios establecidos en la sección 6, a efecto de determinar la ley aplicable, incluyen:
 - a) El lugar del contrato,
 - b) El lugar donde se negoció el contrato,
 - c) El lugar donde se ejecuta el contrato,
 - d) La situación del bien material del contrato, y
 - e) El domicilio, residencia, nacionalidad, lugar de constitución y asiento principal de los negocios de las partes contratantes.

Estos puntos de conexión deberán ser evaluados de acuerdo y en relación con la importancia que tengan respecto al punto concreto.

- 3) Si el lugar de negociación del contrato y el lugar de ejecución del mismo se encuentran situados en el mismo Estado, se aplica

rá normalmente la ley local de tal Estado, excepto en los casos expresamente previstos en las secciones 189, 199 y 203.

1.8 EL NACIMIENTO DE LA ORGANIZACION DE ESTADOS AMERICANOS Y SU LABOR CODIFICADORA A TRAVES DEL COMITE JURIDICO INTERAMERICANO.

En 1948 se reunió en Bogotá, Colombia, la Novena Conferencia Internacional Americana, que aprobó el proyecto de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en cuyo artículo 67 se crea el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, órgano del Consejo de la Organización, con la finalidad de servir como cuerpo consultivo en asuntos eminentemente jurídicos, promover el desarrollo y la codificación del Derecho Internacional Público y del Derecho Internacional Privado; y estudiar la posibilidad de uniformar las legislaciones de los diferentes países americanos cuando esto parezca conveniente. La Carta de la OEA mantiene al Comité Jurídico Interamericano de Río de Janeiro, como la Comisión Permanente del Consejo Interamericano de Jurisconsultos.

El Comité Jurídico Interamericano (CJI) había sido fundado en 1906 cuando en Río de Janeiro se celebró la Tercera Conferencia Internacional Americana. La finalidad de este organismo fue originalmente la elaboración de dos códigos de Derecho Internacional, uno público y otro privado, este último llegaría a convertirse en el Código Bustamante. La necesidad de dar una mayor participación a los especialistas en esta materia fue la razón última que motivó la integración de este organismo y que provocó que se transformara en la Comisión Permanente del Consejo Interamericano de Jurisconsultos.

A partir de 1949, las tareas del Comité se multiplican y comienza a realizar investigaciones muy profundas que culminan en la elaboración de proyectos muy interesantes como el de la Convención sobre Nacionalidad y Apatrida y el de Ley Iniforme sobre Ventas Internacionales de Bienes Muebles.

El Comité elaboró dos dictámenes, el primero en 1951, en relación con el método o sistema para realizar el desarrollo y codificación del Derecho Internacional, y un segundo, en 1952, sobre la posibilidad de revisar el Código-Bustamante. En el segundo dictamen se sugería que el Código fuera revisado, de modo principal entre otras materias, en la relativa al estado civil y capacidad de las personas, adoptando para ello el sistema de la ley del domicilio. Por lo que hace a los efectos de los contratos se propondría mantener el sistema del Código consistente en aplicar la ley del lugar de su celebración. En relación con esta última proposición del Dr. Juan Ramón Bonastre delegado de Argentina, hizo la salvedad de que los efectos de los contratos debfan regirse por la "lex loci executionis" pues en esta forma los inversionistas en países extranjeros se someterían a las leyes del fuero y así se conseguiría solucionar - más fácilmente los problemas que surgieran en sus relaciones.

Por su parte, el norteamericano George Owen se opuso terminantemente a adoptar el sistema de la ley del domicilio, argumentando que se adecuaba más a la realidad jurídica, "determinar la ley aplicable a la capacidad-según la naturaleza de las diversas transacciones o relaciones jurídicas en las-cuales la capacidad de las partes figura como elemento" (17). Con respecto

(17) Siqueiros, José Luis: op. cit., pág. 107.

a la ley aplicable sobre los efectos de los contratos, manifestó también él su preferencia por la ley del lugar donde va a tener cumplimiento el contrato.

Considerando el dictamen del Comité, el Consejo Interamericano tomó la siguiente resolución:

"Encomendar al Comité Jurídico Interamericano, que prepare un estudio comparativo de las disposiciones del Código Bustamante, de los Tratados de Montevideo y de las normas enunciadas en el Restatement of the Law of Conflict of Laws, elaborado en los Estados Unidos de América, por el American Law Institute; estudio en el que debe incluirse la apreciación de las diferencias sistemáticas y técnicas entre ellos, así como las reservas que se le han formulado al primero de esos instrumentos. En la preparación de este estudio, el Comité deberá consultar especialmente a las Comisiones Nacionales de Codificación y a las entidades dedicadas al estudio del Derecho Internacional Privado, así como a los tratadistas más destacados en la materia" (18).

Con el objeto de llevar a cabo lo anterior el Dr. José Caicedo Castilla, elaboró un estudio comparativo en el que analiza todos y cada uno de los artículos del Código Bustamante, comparándolos con las disposiciones de los Tratados de Montevideo y del Restatement. Este estudio se envió a los gobiernos miembros de la OEA para que expusieran sus comentarios.

Ecuador en su respuesta manifestó que prefería mantener la solución del Artículo 7o. del Código Bustamante, mientras no se propusiera una mejor-

(18) Siqueiros, José Luis: op. cit., pág. 107.

y con respecto a la ley que debía regir los efectos de los contratos, que ésta debería ser la de su celebración con algunas posibles excepciones de cada contrato en particular.

Los Estados Unidos de América, en nota de 7 de mayo de 1955, se pronunciaron en contra de la inclusión del Restatement en los estudios. La posición americana obedece al deseo, expresado muchas veces por sus juristas, de no adherirse a codificaciones rígidas contrarias a su sistema del Common Law. Además, han invocado la imposibilidad del Gobierno Federal de suscribir tratados sobre materias reservadas a la competencia de los Estados. Proponían, en síntesis que se concretara el CJI a resolver los problemas que se presentaban entre los países ratificantes del Código Bustamante o bien entre los países que pudieran ratificar un código revisado.

En 1959 el Consejo Interamericano de Jurisconsultos aprobó la resolución VIII, en la que se impulsa la continuación de los estudios tendientes a revisar el Código Bustamante. Así mismo se reafirma en la misma resolución que los trabajos de revisión debían tender a "facilitar el retiro o la disminución de reservas hechas al ratificarse el Código Bustamante, la uniformidad de normas con los Estados que han ratificado los Tratados de Montevideo sobre Derecho Internacional Privado y la adhesión de aquellos que no han ratificado estos convenios" (19).

En 1961 el CJI emite un informe en el que defiende el sistema de

(19) Idem. pág. 109, citando a Gonzalo Parra Aranguren.

la ley del domicilio y excluye el Restatement de las tareas de armonización y propone la celebración de una conferencia especializada que se avocara a esta temática.

Durante su reunión de 1965 en San Salvador, el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, recomendó a la Asamblea General de la OEA convocar una Conferencia Especializada con el fin de revisar el Código Bustamante con especial hincapié en los principios generales de las reglas conflictuales relativas al Derecho Internacional Civil y Mercantil.

Posteriormente la OEA, elaboró un compendio de artículos muy extenso que trataba el tema de la revisión del Código Bustamante, este documento se puso en circulación en 1967.

En 1968 el CJI solicita la opinión de los Estados miembros de la OEA, para saber si la conferencia debería tratar las materias recomendadas en 1965, o bien examinar convenciones sobre problemas de Derecho Mercantil Internacional que fueran más urgentes. Contestaron a este requerimiento ocho países, entre ellos México, y en forma casi unánime se mostró preferencia para que el temario de la Conferencia Especializada incluyera convenios específicos sobre Derecho Mercantil en vez de dedicarse a revisar el Código Bustamante.

Tres años más tarde la Asamblea General de la OEA, solicitó convocar una Conferencia Especializada, sobre Derecho Internacional Privado y encomendó a su Consejo Permanente la elaboración del temario correspondiente. El Comité a su vez preparó documentos y proyectos que distribuyó entre los gobiernos para su análisis.

Finalmente fue convocada la Primera Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado, llevándose a cabo en la ciudad de Panamá-- a principios de 1975.

CAPITULO 2

LA CONFERENCIA INTERAMERICANA ESPECIALIZADA
SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

Capítulo 2 LA CONFERENCIA INTERAMERICANA ESPECIALIZADA
SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

2.1 La primera Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado: Panamá, Panamá 1975, 2.2 La Segunda Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado: Montevideo, Uruguay 1979, 2.3 La Tercera Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado: La Paz, Bolivia 1983.

2.1. LA PRIMERA CONFERENCIA INTERAMERICANA ESPECIALIZADA
SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: PANAMA, PANAMA 1975.

Para comprender la importancia y trascendencia jurídica que encierran las convenciones suscritas en el seno de la Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado, resulta necesario insistir en la idea directriz que motivó la convocatoria de la primera reunión y que ha prevalecido para dar origen tanto a la segunda como a la tercera conferencia.

En este sentido se puede afirmar que el objetivo fundamental que han tenido los Estados es dar solución a los conflictos que se han suscitado, como consecuencia del gran tráfico jurídico internacional que en los últimos tiempos ha presentado relaciones muy diversas y complejas.

El desarrollo de este propósito implicó tomar conciencia en la década anterior de tres aspectos primordiales:

- 1) La vigencia en América de instrumentos legislativos distintos (Restatement, Código Bustamante y Tratados de Montevideo).

- 2) El ámbito espacial reducido que ofrecía en la práctica cada uno de ellos.
- 3) La existencia de un virtual vacío jurídico provocado por la ausencia de normas que previeran la regulación de las nuevas relaciones jurídicas emergentes.

En la primera Conferencia Interamericana Especializada, celebrada en Panamá, se trató de encontrar respuesta al problema. Tan es así que la idea de revisar y actualizar el Código Bustamante a la luz de otras codificaciones fue abandonada, como se analizó en el capítulo anterior, y se prefirió adoptar la técnica empleada en la Haya, de aprobar y suscribir convenciones relativas a asuntos determinados, con la ventaja de que este sistema conducirá en forma más efectiva a la verdadera unificación.

Esta Conferencia se llevó a cabo del 14 al 30 de enero y asistieron representantes de Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Trinidad Tobago, Uruguay y Venezuela; todos ellos miembros de la OEA. No hubo delegados por parte de Barbados, Bolivia y Haití. El resultado de este esfuerzo fue la aprobación de seis tratados a saber:

- 1) Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas.
- 2) Convención Interamericana, sobre Conflictos de leyes en materia de cheques.

- 3) Convención Interamericana, sobre Arbitraje Comercial Internacional.
- 4) Convención Interamericana, sobre Exhortos o Cartas Rogatorias.
- 5) Convención Interamericana, sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, y
- 6) Convención Interamericana, sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el extranjero.

En los Diarios Oficiales, correspondientes al 25 y 27 de abril y 2 de mayo de 1978, se publicaron cuatro de los tratados mencionados, los cuales habían sido ratificados por México. Los no ratificados fueron el relativo a --cheques y el relativo a poderes.

2.2 LA SEGUNDA CONFERENCIA INTERAMERICANA ESPECIALIZADA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

Contemplando los frutos de su trabajo los asistentes a la Primera Conferencia Especializada quisieron asegurar la continuidad de la labor de codificación de las normas de Derecho Internacional Privado, a través de Conferencias Especializadas, y para ello dejaron claro en la resolución II de la Primera Conferencia que era "necesario proseguir, a nivel gubernamental y sistemáticamente, el estudio de los varios e importantes temas sobre la materia", y que también resultaba "de suma importancia que se continúe observando el método adoptado en esa conferencia en cuanto al tratamiento de los temas relativos-- al Derecho Internacional Privado, que consiste en la preparación y aprobación-

de convenciones especiales para cuestiones específicas, iniciándose así una nueva etapa en la evolución de una rama tan importante del Derecho en el marco del Sistema Interamericano" (20).

Por otro lado, es importante señalar que la CIDIP I no tuvo tiempo suficiente para considerar los siguientes puntos que figuraban en su temario: so ci dad es mer can til es, com pra ven ta in ter na ci o na l de mer ca de r í as, tran spo rte ma r í t i m o in ter na ci o na l, con especial referencia a los conocimientos de embarque- y reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales extranjeras.

Considerando lo anterior se solicitaba, en la misma resolución, a la OEA para que convocara la segunda CIDIP, y el 19 de mayo de 1975, la Asa m ble a G e n e r a l di ci d i ó h a c e r e r l o o f r e c i m i e n t o q u e h a b í a h e c h o e l g o b i e r n o de U r u g u a y. A su vez el consejo permanente fijó la fecha de 23- de abril de 1979 como iniciación de la Conferencia.

El proyecto de temario para esta segunda reunión contenía 12 temas, 8 de ellos fueron preparados por el Consejo Permanente entre los que h a b í a 4 temas que quedaron pendientes en CIDIP I, el Consejo Jurídico Interamericano, preparó 2 más y otros 2 fueron propuestos por la Misión Permanente de los Estados Unidos de América ante la OEA. El Consejo Jurídico Interamericano elaboró proyectos de convenciones y otros documentos sobre los pr i m e r o s 8 y sobre los 2 que preparó.

(20) Resolución II publicada en el volumen III, de Actas y Documentos de la Primera Conferencia.

En la primera sesión plenaria de CIDIP II, se aprobó el proyecto de temario excluyéndose de él, lo referente a compraventa internacional. Los siguientes temas quedaron definitivamente incorporados:

- a) Protocolo adicional sobre exhortos o cartas rogatorias,
- b) Protocolo adicional sobre recepción de pruebas en el extranjero,
- c) Cumplimiento de medidas cautelares decretadas en procesos judiciales, en materia civil y comercial,
- d) Pruebas del Derecho Extranjero, e información sobre normas jurídicas, vigentes en los países americanos,
- e) Reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales extranjeras,
- f) Conflictos de leyes en materia de cheques de circulación internacional,
- g) Actualización de las normas vigentes en América, sobre conflictos de leyes, en materia de sociedades mercantiles,
- h) Personalidad y capacidad en el Derecho Internacional Privado,
- i) Domicilio en el Derecho Internacional Privado,
- j) Transporte marítimo internacional, con especial referencia a los conocimientos de embarque,
- k) Normas generales de Derecho Internacional Privado.

Se aprobó también en esta primera sesión el reglamento (21) que-

(21) Este reglamento aparece publicado en el volumen I, de Actas y Documentos de la Segunda Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado, pág.73, Organización de Estados Americanos.

se iba a seguir en esta conferencia, el cual era idéntico al que se utilizó en la primera, salvo en un pequeño detalle.

Asistieron a esta Segunda Conferencia, delegaciones de los mismos países que fueron a Panamá con excepción de Jamaica, que estuvo ausente y de Haití que esta vez sí se presentó. La conferencia llegó a feliz término el 8 de mayo del mismo año con la aprobación de 8 convenciones que son las siguientes:

- 1) Convención Interamericana sobre Pruebas e Información acerca del Derecho Extranjero.
- 2) Protocolo Adicional a las Convenciones Interamericanas sobre Exhortos o Cartas Rogatorias.
- 3) Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Sociedades Mercantiles.
- 4) Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.
- 5) Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros.
- 6) Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares.
- 7) Convención Interamericana sobre Conflictos de leyes en materia de cheques.

- 8) Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas, en el Derecho Internacional Privado.

De las mencionadas, México ha ratificado las cuatro primeras.

Las dos primeras han sido publicadas en el Diario Oficial el 28 de abril de -- 1983 y la tercera el 29 del mismo mes, la Convención sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, fue publicada el 21 de septiembre de -- 1984.

2.3 LA TERCERA CONFERENCIA INTERAMERICANA ESPECIALIZADA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

Durante el transcurso de CIDIP II, el pleno reunido aprobó algunas resoluciones, entre las que preparaban la celebración de una posible tercera conferencia:

- 1) En relación al Transporte Marítimo Internacional, con especial referencia a los conocimientos de embarque, resolvió postergar el estudio de la Convención relativa (incluyendo el transporte terrestre de mercaderías y personas), encomendando su estudio al Comité Jurídico Interamericano y a la Consultoría Jurídica de la OEA para su posible inclusión en la agenda de la CIDIP III.
- 2) Con respecto al tema relativo a la personalidad y capacidad -- se puso de manifiesto una notoria discrepancia de criterios, -- por cuanto fueron defendidas tanto las leyes del domicilio, como la de la nacionalidad y la del tribunal, sin obtener una --

conciliación satisfactoria. En esa virtud, se resolvió solicitar a la Asamblea General de la OEA un estudio exhaustivo de los sistemas prevalecientes en los Estados Miembros de la Organización y posteriormente, en caso de haberse logrado avances sustanciales en los trabajos preparatorios, la inclusión de la materia en la CIDIP III.

- 3) Se resolvió igualmente, solicitar a la Asamblea General de la OEA para que convocara a la CIDIP III y considerara la conveniencia de institucionalizar la celebración de las Conferencias Especializadas sobre Derecho Internacional Privado cada tres años.

La Consultoría Jurídica de la OEA se encargó de formar comités de expertos para tratar los temas.

En cumplimiento de la citada resolución la Consultoría Jurídica de la OEA se encargó de formar comités de expertos con el fin de que se analizara cuidadosamente y se prepararan documentos sobre los temas que especialmente interesaba se trataran en CIDIP III. Estos documentos fueron presentados al Comité Jurídico Interamericano para su estudio y a la Secretaría General la cual distribuyó dichos trabajos entre las misiones y delegaciones de los Estados miembros de la OEA a fin de promover un mejor conocimiento de las distintas materias que reclamaban la uniformidad jurídica.

Habiendo reunido proyectos muy interesantes sobre estos temas la Asamblea General convocó la Tercera Conferencia Interamericana Especializada

sobre Derecho Internacional Privado, para llevarse a cabo en la ciudad de la Paz, Bolivia, del 15 al 24 de mayo de 1984. El temario aprobado por el Consejo Permanente, para tratarse en esta conferencia y que también fue aprobado por los integrantes de la misma en su primera sesión, fue el siguiente:

- a) Transporte marítimo internacional;
- b) Transporte terrestre internacional de mercaderías y personas;
- c) Personalidad y capacidad de personas físicas y jurídicas;
- d) Adopción de menores;
- e) Proyecto de protocolo adicional a la Convención Interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero;
- f) Proyecto de Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional de las Sentencias Extranjeras.

A sugerencia de una de las comisiones de la Conferencia, se decidió remitir el estudio de la personalidad y capacidad de las personas físicas -- en el Derecho Internacional Privado, a una posible CIDIP IV, en virtud de que se consideró que aún no estaba listo para ser discutido en esa reunión.

En materia de transporte marítimo, se resolvió recomendar a los Estados, la adopción de las Reglas de Hamburgo (CIDIP III/Res XI (84)). En el tema relativo a transporte internacional de mercancías por carretera se acordó la formación de un grupo de expertos pues hasta ahora no se había encomendado su análisis a una comisión especializada de expertos en ello previamente a la Conferencia, y así se vió necesario dada la complejidad de la temática.

Participaron en esta Conferencia, delegados de Argentina,

Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Estados Unidos de América, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Se puede observar que asistieron a CIDIP III menos países que a CIDIP I y II. Resultó una lástima que no hubiera delegados por parte de Jamaica, Barbados, Trinidad Tobago y Panamá siendo miembros de la organización. Asistieron representantes de los observadores permanentes ante la OEA (República Federal de Alemania, Canadá, España, Italia, Japón y Corea), de diversos grupos del sistema interamericano (CJI, Corte Internacional de Derechos Humanos) y organismos especializados interamericanos y otras instituciones.

Las convenciones aprobadas fueron cuatro:

- 1) Protocolo adicional a la Convención Interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero.
- 2) Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de adopción de menores.
- 3) Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras.
- 4) Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado.

LA CIDIP III Res IV (84) recomendó a los Estados miembros de la OEA considerar la conveniencia de firmar y ratificar la Convención sobre Representación en materia de Venta Internacional de Mercaderías adoptada en Ginebra en 1983.

CAPITULO 3

ANALISIS TEORICO-DOCTRINAL DE LAS NORMAS
GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO.

Capítulo 2 ANÁLISIS TEÓRICO-DOCTRINAL DE LAS NORMAS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

3.1 Necesidad de un análisis teórico-doctrinal, 3.2 La aplicación del Derecho Extrajero, 3.3 Cuestiones previas o incidentales, 3.4 La excepción de orden público, 3.5 El fraude a la ley, 3.6 Instituciones valorativas.

3.1. NECESIDAD DE UN ANÁLISIS TEÓRICO-DOCTRINAL.

En los capítulos anteriores hemos pretendido exponer cronológicamente los esfuerzos que se han realizado por conseguir la codificación de las normas generales del Derecho Internacional Privado a nivel internacional. En esta segunda parte, nos ocuparemos concretamente en analizar la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, tanto en su contenido mismo como en su contexto universal, atendiendo principalmente la posición que guarda nuestro país al haberse adherido a la misma, y posteriormente haberla ratificado.

Ahora bien, para poder llegar a comprender los principios y criterios jurídicos que adopta esta Convención, consideramos fundamental que exista en el lector un presupuesto básico, que es el conocimiento teórico-doctrinal de cada una de las normas generales que se contienen en la Convención y de esta forma se podrá apreciar con una visión más amplia el sistema que se ha adoptado para reglamentar cada institución. A este fin se ha dedicado el presente capítulo.

A continuación procederemos a exponer teóricamente los temas que han sido regulados en la Convención que nos ocupa y que representan problemas e instituciones que han surgido en el sistema conflictual.

3.2 LA APLICACION DEL DERECHO EXTRANJERO.

Es precisamente este tema, el de la aplicación del derecho extranjero lo que constituye, de acuerdo con la mayoría de los iusprivatistas internacionales, el problema fundamental de nuestra disciplina. Esto ha provocado a lo largo de la historia que difícilmente puedan resolverse con justicia las controversias que se plantean en esta materia (22).

Cuando se presentan en la vida diaria conflictos internacionales de Derecho Privado, ordinariamente la solución de los mismos tendrá que buscarse utilizando el método que la doctrina ha denominado Sistema Conflictual Tradicional, mediante el cual, de manera indirecta se soluciona un problema del tráfico internacional con la aplicación del derecho extranjero que dará la respuesta directa, o bien mediante la aplicación del derecho material local, si la regla conflictual lo vincula.

El problema se plantea ordinariamente a nivel judicial. Cuando en un litigio se tienen puntos de conexión con el exterior, será necesario utilizar las reglas de conflicto del Sistema Conflictual Tradicional para determinar cual

(22) Véase Trigueros, Eduardo: "Estudios de Derecho Internacional Privado"; UNAM, Primera Edición, México 1980, págs. 151-186.

será la ley o leyes aplicables al caso, es decir, aquella que resulte competente. Sin embargo hoy por hoy resulta muy difícil que el juez del foro, es decir el que conoce del litigio, acepte aplicar leyes extranjeras cuando éstas resultan competentes para resolver un juicio por las siguientes razones:

- a) Se trata de un derecho extraño para ese juez y, aún así, el que pueda pertenecer a un sistema jurídico semejante al suyo no deja de ser una novedad para él, un ordenamiento que no domina.
- b) La dificultad para conseguir los textos legales de los países que aparecen vinculados al conflicto.

Desde el punto de vista teórico, existen principalmente dos desarrollos doctrinales que pretenden explicar la naturaleza y el modo de llevar a cabo la aplicación de una norma extranjera dentro del sistema jurídico nacional. Nos referimos a la teoría italiana del "rinvio ricettizio" llamada también de la incorporación, y de la teoría inglesa que considera el derecho extranjero -- como un hecho en el proceso (23).

La doctrina italiana está formada a su vez por dos corrientes:

Según algunos, la norma de conflicto del foro, al designar a la norma extranjera aplicable, cumple, además, con otra función. Se dice que a través de este proceso la norma extranjera deja de ser extranjera para convertirse

(23) Véase Pereznieto, Derecho Internacional Privado, op. cit., pág. 281-282.

en una norma nacional. Una vez "nacionalizada" podrá el juez interpretarla - como interpreta sus leyes nacionales. Esta tesis la sostienen Pacchioni y Chiovenda e igualmente ha sido aceptada por algunos de la escuela de Yale.

Existen otros autores de la escuela italiana que niegan el que la norma de conflicto "nacionalice" a la norma jurídica extranjera y la "incorpore" al sistema jurídico local. Lo que la norma de conflicto origina -según ellos- es que se crea una nueva norma jurídica en el sistema. Se trata de -- una fuente de creación normativa. Esta tesis la sostienen Roberto Ago y en México, con algunas variantes, Eduardo Trigueros. De manera parecida Cook con su idea de la "local law theory", se acerca a esta posición.

La doctrina inglesa, por su parte, concibe al derecho extranjero como un hecho en el proceso. Esta concepción ha prevalecido en Gran Bretaña y en Francia. En este país, ha sido explicado de la manera siguiente: "la -- norma extranjera como cualquier otra norma, se compone de dos elementos -- uno imperativo y otro racional; este último es el que prevalece en el país del -- foro cuando la norma extranjera es aplicada" (24) Péreznieta rechaza la posición anterior aduciendo que se trata de una división un tanto artificial de la -- norma: "Los que propugnan la teoría inglesa en el fondo buscan otorgarle al juez facultades muy amplias para su interpretación, sin vincularlo con una in-- terpretación previa" (25).

(24) Idem, Pág. 282.

(25) Idem, Pág. 282.

La manera de considerar al Derecho extranjero como un hecho en el proceso, ha sido aceptada por la mayoría de los países americanos desde finales del siglo XIX. Nuestro país ha plasmado su aceptación en los artículos -- 284 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y en el 86 - del Código Federal de Procedimientos Civiles que establece:

"sólo los hechos están sujetos a prueba; el derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras o en usos, costumbres o jurisprudencia".

3.3 CUESTIONES PREVIAS O INCIDENTALES.

Las cuestiones de derecho no son intrínsecamente principales o incidentales, sólo adquieren ese calificativo cuando son materia de un proceso judicial. Consecuentemente, una misma cuestión jurídica puede ser causa principal en un proceso, pero convertirse en cuestión incidental en otro. Para ejemplificar diremos: la acción de filiación puede ser utilizada como una acción principal, pero será incidental cuando, por ejemplo, la situación jurídica se invoque por el interesado en el juicio sucesorio del presunto padre.

El núcleo del problema, desde el punto de vista jurisdiccional, consiste en que el condicionamiento de la cuestión incidental sobre las modalidades y alcances de la principal, obliga al juez a pronunciarse sobre ella previamente - al objeto principal del juicio.

Analicemos a continuación el caso *Ponnoucanamelle vs Nadimoutou poulle* que tradicionalmente se ha considerado el conflicto que despertó la inquietud por estudiar este tema dentro del Derecho Internacional Privado. La materia del proceso era el derecho sucesorio de un hijo adoptivo de un inglés establecido en Indochina, concurrente con otros hijos adoptivos y descendientes legítimos. Este derecho se encontraba en función de la validez de la adopción del demandante, que había sido hecha conforme al derecho hindú y que sería imposible conforme al artículo 343 del Código de Napoleón, que no permite la adopción a quien en el momento de hacerla tenga hijos legítimos. El tribunal de Casación francés resolvió el 21 de abril de 1931 la cuestión previa relativa a la adopción negándole validez (26).

Azevedo Noriega explica esta figura de la siguiente forma: "La cuestión previa, como problema específico del derecho conflictual, surge en el momento de la aplicación de una ley material extranjera a una cuestión de derecho (llamada principal, cuestionada o dependiente) que a su vez produce otra cuestión (perjudicial, incidental o condicionante) a la cual se encuentra ligada por un vínculo de subordinación lógico-jurídica. Surge, en este momento, la pregunta sobre el Derecho de conflictos competentes para indicar la ley que ha de resolver la segunda de estas cuestiones: ¿Derecho de conflictos del foro o Derecho de conflictos del ordenamiento que rige la cuestión principal? Se trata por tanto de averiguar si la cuestión principal deberá ser objeto de una conexión autónoma (es decir según la lex formalis fori) o de una conexión subordinada (de acuerdo con la lex formalis causae). (27)

(26) Véase Miaia de la Muela, op. cit., págs. 316-317.

(27) Pereznieto, "Derecho Internacional Privado", op. cit., pág. 275.

En torno a esta institución, se han originado dos teorías clásicas: una favorece aplicar a la cuestión previa la norma de conflicto del ordenamiento que rige la cuestión principal (método global) y otra, por el contrario, determina que debe aplicarse el sistema conflictual del foro para señalar el derecho aplicable a la cuestión previa (método independiente) (28).

Este último criterio es el que ha prevalecido en la mayoría de los códigos internos e internacionales de la Europa continental. En América no existe un procedimiento generalizado hacia una de las soluciones tradicionales. La mayoría de los países americanos se limita tan sólo a tener presentes ambas soluciones y aplica una u otra, sin que existan en el derecho interno normas que consagren expresamente una posición clara y definida.

Ordinariamente las legislaciones positivas que abordan el tema de la cuestión previa, lo tratan como un problema propio del sistema procesal interno, pero no como un instituto propio del Derecho Internacional Privado. Lo anterior es explicable, pues generalmente los códigos civiles que contienen normas de Derecho Internacional Privado son códigos elaborados con anterioridad a la creación científica de esta institución. Por tal motivo tampoco se regulan en los Tratados de Montevideo y el Código Bustamante.

3.4 LA EXCEPCION DE ORDEN PUBLICO.

No siempre que la norma de conflicto estatal o internacional designa

(28) Maekelt, op. cit., pág. 101.

como competente, para regular una determinada relación de la vida, a la ley de otro país es ésta susceptible de aplicación; por el contrario, son frecuentes los supuestos en que determinados obstáculos se oponen a regir el caso en presencia, por la legislación designada por la regla conflictual. Hay leyes en cada sistema cuya aplicación se impone de una manera absoluta, aún en el caso de que las reglas de vinculación o reglas conflictuales de este sistema designen como competente la ley de un sistema distinto.

Los autores que más han influenciado a los doctrinarios americanos en la concepción de esta institución son Mancini y Savigny (29). El primero establecía que existían ciertas leyes -denominadas de orden público- que debían ser aplicadas necesariamente excluyendo a las normas foráneas designadas competentes por la regla de conflicto, independientemente de lo que señalen, pues no serán aplicadas.

Savigny, por su parte, postulaba la aplicación de la cláusula de reserva como una excepción que sólo funciona en casos muy especiales. Su doctrina dota al orden público de una vigencia limitada, aplicable sólo después del análisis de la norma extranjera designada y de la comparación de sus efectos con los principios fundamentales del sistema jurídico del foro. La excepción del orden público, actúa en esta concepción a posteriori y no a priori como señalaba Mancini.

(29) Véase Miaja de la Muela, op. cit., págs. 382-393.

En el sistema del common law, la excepción del orden público está representada por lo que se conoce como "public policy" que se basa en la defensa de la soberanía estatal. Como es característico de este sistema, el juez de la causa tiene un amplio margen de acción y, guiándose por los principios de justicia y equidad, meditará en cada caso la conveniencia de aplicar la ley extranjera.

En realidad, existe una enorme gama de opiniones en torno al concepto de orden público que significa en su sustrato todo y a la vez nada; es decir todo cuando afirma Bartin (30) que se trata de proteger una "comunidad de derecho" y nada, cuando dice Lerebours-Pigeonniere (31) que sirve la excepción de orden público para preservar una cierta "política legislativa" o para defender los "principios de las naciones civilizadas".

Para que la excepción pueda ser opuesta, en la concepción más avanzada, son necesarias dos condiciones: que la regla de conflicto señale como aplicable una ley extranjera y que ésta sea contraria a los principios que revisten importancia fundamental para el ordenamiento jurídico del foro.

Al respecto, conviene aclarar que el orden público internacional es diferente del orden público interno, ya que este último se aplica a los particulares que actúan dentro de un ordenamiento jurídico, para evitar que se vulneren algunos de sus elementos fundamentales. El orden público internacional, --

(30) Péreznieto, op. cit., pág. 278.

(31) Idem, pág. 278.

por otra parte, se integra por aquellos criterios y principios básicos de un determinado sistema jurídico estatal. Derivado de su naturaleza, este contenido puede variar con el transcurso del tiempo como consecuencia del cambio conceptual de esos principios.

En América la doctrina y la jurisprudencia han desempeñado un papel importante en la concepción de esta institución: la doctrina estableciendo los principios que constituyen el orden público y la jurisprudencia, determinando los criterios específicos de aplicación a casos concretos. En el Segundo Restatement se tiende a limitar lo más posible el uso de la cláusula de orden público.

En nuestro país, los preceptos que mencionan el orden público se refieren en su mayoría a las leyes de orden público y no a la excepción a que nos hemos referido. Lo anterior es consecuencia del principio territorialista - que adopta el artículo 12 del Código Civil:

"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 domiciliadas en ella o sean transeúntes".

No obstante, podemos encontrar una disposición expresa sobre la excepción de orden público en el artículo 3o. de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos:

"Son inaplicables en México todas las disposiciones de legislaciones extranjeras que contravengan el orden público tal cual sea calificado en México".

Este es el único artículo de la legislación mexicana que establece el orden público como excepción a la aplicación del derecho extranjero. Por tanto, si se presenta un caso distinto a los reglamentados por la Ley de Navegación y Comercio Marítimos en que la ley extranjera es competente y la aplicación de ésta es perjudicial para el sistema jurídico mexicano, se estará en presencia de una laguna legal que el juez deberá resolver, que el juez está obligado a resolver como lo determina el artículo 18 del Código Civil:

"El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley no autoriza a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia".

Y ante la laguna legal, se deberá proceder como señala el artículo 19 del citado Código:

"Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho".

Puesto que el Código Civil representa el Derecho Común, supletorio a casi todas las leyes mexicanas, estas reglas se pueden considerar de aplicación general a la mayoría de los conflictos, con excepción desde luego a muchos casos del Derecho Penal.

3.5 EL FRAUDE A LA LEY.

La institución del fraude a la ley tiene antecedentes que se remontan al Derecho Romano. Un texto de Paulo en el Digesto (1, 2, Ley 29) lo demuestra: "in fraudem legis facit, qui, salvis verbis legis, sententiam eius - circumvenit" (comete fraude el que, salvada la literalidad de la ley, elude el sentido de la misma).

El fraude a la ley consiste "en la realización de un acto lícito --o más frecuentemente dos o más actos-- para la consecución de un resultado antijurídico".⁽³²⁾ El acto lícito puede ser el cambio voluntario de los puntos de contacto (domicilio, nacionalidad, etc.) de una determinada relación jurídica y el resultado antijurídico es aquel que sobreviene como consecuencia de lo anterior al pretender la aplicación de una norma diferente con efectos distintos a los que se obtendrían de haberse aplicado la norma competente antes de cambiar los puntos de contacto.

Tanto en el Derecho Penal como en el Derecho Internacional Privado la noción de fraude se integra por tres elementos: el hecho mismo, la voluntad de defraudar y el nexo de causalidad entre los dos primeros.

Para ilustrar lo anterior, expondremos el caso Vidal que fue sentenciado por el Tribunal de Paris el 30 de junio de 1877. Dos esposos franceses -

(32) Miaja de la Muela, op. cit., pág. 400.

se naturalizaron en un cantón suizo para divorciarse inmediatamente. Posteriormente la señora Vidal contrajo segundas nupcias, pero este matrimonio fue -- anulado por el Tribunal Francés, declarando fraudulenta la naturalización.

Casos típicos de fraude a la ley se han presentado en trámites de - divorcios. En México como consecuencia del sistema territorialista se dió origen a los llamados "divorcios al vapor" que tenían lugar principalmente en - los Estados de Chihuahua, Tlaxcala y Morelos, pues sus leyes internas permitían la adquisición de residencias en cuestión de horas y, consiguientemente, el pro nunciamiento de competencia judicial por los jueces de esos lugares, facilitando con ello el que personas no residentes en esas demarcaciones consiguieran su divorcio en un breve período. Nuestro país tuvo que evitar el fraude a la -- ley extranjera que se producía por la utilización indiscriminada de la ley mexi cana para propósitos de este tipo. En 1971, por un decreto publicado el 20 - de febrero se modificó el artículo 35 de la Ley de Nacionalidad y Naturaliza- ción, sujetando a permiso previo de la Secretaría de Gobernación todos los actos relativos a divorcio y nulidad de matrimonios extranjeros. A través de esta disposición nuestro ordenamiento jurídico sanciona el fraude que pretenda - hacerse a la ley de cualquier otro Estado.

En las legislaciones internas de los países americanos la institución del fraude a la ley se contempla en muy pocas disposiciones y las que lo preveen ordinariamente lo refieren a situaciones concretas como son matrimonios, sociedades y contratos y no como una institución propia del Derecho Interna-- cional Privado.

México tiene otra disposición expresa sobre el fraude a la ley en el ya citado artículo 3o. de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos:

"Nadie puede prevalerse de una situación jurídica creada en virtud de la aplicación de una ley extranjera con fraude a la ley mexicana".

Arellano García (33) considera que el artículo 17 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización también prevé el fraude a la ley:

"Cuando se demuestre, que el extranjero, al hacer las renunciaciones y protestas a que este artículo se refiere, lo ha hecho con reservas mentales, en forma fraudulenta o sin la verdadera intención definitiva y permanente de quedar obligado por ellas, quedará sujeto a todas las sanciones legales que esta misma ley o cualquiera otra disposición impongan o puedan imponer en el futuro".

La sanción correspondiente sería la que prevé el artículo 47 de la misma ley:

"La naturalización obtenida con violación de la presente ley, es nula".

3.6 INSTITUCIONES VALORATIVAS.

Para el estudio de los temas incluidos en este inciso hemos adopta-

(33) Arellano García, op. cit., pág. 674.

tado el esquema de Maekelt (34) que nos propociona cierta claridad para -- comprender los problemas que se suscitan al pretender coordinar o adaptar dis- tintos sistemas jurídicos para dar solución a los conflictos internacionales, uno de estos problemas es el de la institución desconocida que analizaremos dentro del siguiente subinciso.

a) Adaptación.

Puede suceder en un conflicto específico que exista uniformidad en las reglas de conflicto al determinarse las leyes que serán aplicadas a los dis- tintos aspectos de la relación jurídica. Pero supongamos, que estuvieren la ca- pacidad, por ejemplo, regida por la ley nacional y la forma por la del lugar-- de celebración del acto. Bastaría en este caso que en un ordenamiento inter- no se considerase como capacidad lo que en otros se estima como forma, para que fuese distinta la solución dada por los tribunales respectivos. El ejemplo- que plantea Miaja de la Muela (35) nos ayudará: en Francia se considera-- como formal la aptitud para hacer el testamento ológrafo, lo que permite que testen en esta forma los extranjeros dentro del territorio francés; Holanda -- por el contrario prohíbe en su legislación el testamento ológrafo, y al estable- cer que la prohibición alcanza a los holandeses en el extranjero viene a incluir la aptitud para esta forma de testar dentro de la capacidad.

Ordinariamente, en todos los conflictos de leyes en que la norma -- conflictual no conduce a la aplicación de la lex fori, una sola ley extranjera - es la competente.

(34) op. cit., pág. 140.

(35) Miaja de la Muela, op. cit., pág. 332.

Ahora bien también sucede que "eventualmente la construcción analítica de las normas de Derecho Internacional Privado trae consigo la división de una determinada relación en categorías técnicas como son la capacidad, - la sucesión, el regimen de bienes matrimoniales, la patria potestad, etc. Este mecanismo actúa sobre la unidad de la relación originaria, desvinculando los elementos que la componen a través de la yuxtaposición de factores de conexión, cada uno de los cuales señala la aplicación de normas pertenecientes a ordenamientos jurídicos distintos" (36).

Los problemas de inadaptación algunas veces se originan cuando las categorías de Derecho Internacional Privado desmembran relaciones que necesariamente se encuentran vinculadas. Lo anterior ocurre si por ejemplo la capacidad se regula por una norma y se protege al incapaz en un ordenamiento distinto.

En otras ocasiones las inadaptaciones se presentan al vincularse los aspectos de una determinada relación a través de hechos contingentes. Es el problema que plantea la cuestión previa cuando no se resuelva con el mismo ordenamiento que la cuestión principal. El juzgador tendrá que limar las diferencias que pueda generar la aplicación de normas pertenecientes a distintos ordenamientos. En una palabra, tendrá que coordinar los diferentes sistemas jurídicos.

Un tercer supuesto que da origen a conflictos de inadaptación es el que se produce cuando la norma extranjera no puede ser aplicada en el foro - por contravenir disposiciones de orden público. En este caso, el recurso fácil-

(36) Maekelt, op. cit., pág. 141.

para el juez sería aplicar su derecho nacional, sin embargo, debe evitarlo pues antes tendrá que buscar una norma del ordenamiento extranjero que se adapte al caso y sustituya aquella incompatible con el propio derecho. En estricta justicia este es el proceder que debe guiar al juzgador.

La tarea de adaptar revestirá una mayor importancia en aquellos casos en que estén de por medio instituciones desconocidas para el legislador del foro y, consecuentemente, no previstas en el derecho local.

Un caso que plantea Rabel (37) es el de la Sucesión contractual-respecto al ordenamiento jurídico español, que no admite otras formas de delación hereditaria que la testamentaria y la legítima.

Con el objeto de reducir los problemas que plantea la figura procesal de la institución desconocida, Rabel (38) propone ampliar las categorías de la norma conflictual del foro teniendo en cuenta los inconvenientes resultantes de la angostura de los conceptos contenidos en su derecho material. En esta forma se estará en condiciones de reconocer una categoría extranjera que no sea totalmente similar a la nacional, abriendo así la posibilidad de lograr el entrelazamiento de las distintas legislaciones. Para el profesor de la Universidad de Michigan "la regla de conflicto nacional tendrá que definir su objeto-- en su primera parte, el cual consiste en ciertos hechos (lugar de celebración del matrimonio, de la adopción, de la ejecución del contrato) y seguidamen-

(37) Miaja de la Muela, op. cit., pág. 335.

(38) Pereznieta, op. cit., pág. 246.

te, en su segunda parte, determinar las consecuencias jurídicas de los mismos: establecer si efectivamente se está en presencia de un matrimonio, de una -- adopción, de un contrato de compraventa o de una institución similar, y de -- ser el caso, sacar las consecuencias jurídicas correspondientes: derechos y de beres matrimoniales, derecho a alimentos, distribución de bienes, transmisión-- de la propiedad, etc."

La teoría de Rabel ha sido continuada por Lea Mereggi (39). En esta línea, el legislador griego promulgó un Código Civil en 1940 que establece para sus normas de conflicto unos conceptos tan amplios como "tutela, así -- como toda institución de protección" (Art. 24) y "relaciones sucesorias" -- completamente independientes de las correspondientes de "tutela" y "sucesión" contenidas en sus normas internas. En opinión de Miaja de la Muela -- "éste parece ser el camino más acertado, gracias a él se hará más difícil el caso de que una institución extranjera aparezca como totalmente desconocida, y, por otra parte, en el momento en que varias legislaciones elijan este proce dimiento, los conceptos empleados en los supuestos de sus reglas conflictuales no podrán por menos de ofrecer una coincidencia que facilite su elevación a -- norma de carácter internacional".

El mecanismo de adaptación de sistemas jurídicos se le ha referido también con otros términos. Batiffol y Pereznieto le denominan "coordinación de sistemas jurídicos".

En las leyes locales de los países americanos no se ha previsto nada

(39) Miaja de la Muela, op. cit., pág. 339.

en relación a este tema principalmente por la imposibilidad de contemplar todos los supuestos en que las reglas jurídicas tengan que ser adaptadas. Sin embargo en los proyectos de Código de Derecho Internacional Privado que se han elaborado en Argentina, Brasil y Perú, se tienen algunas disposiciones que permiten la posibilidad de armonizar sus legislaciones con las extranjeras en conflictos internacionales.

El tema de la coordinación de sistemas jurídicos en general ha sido poco estudiado en los Estados Unidos de América, sin embargo cuando los tribunales tienen que resolver aplicando leyes extranjeras que no tienen equivalente en su sistema, a veces tratan de dar solución a los problemas aplicando la ley interna que más se asemeje a la ley extranjera (40).

b) Derechos adquiridos.

Dentro del marco de nuestra disciplina se presenta un tema también controvertido que es el relativo a los derechos adquiridos. El problema que se plantea ahora no se refiere tanto a una problemática que surge en la aplicación del derecho extranjero propiamente, sino más bien se refiere al reconocimiento del derecho extranjero, es decir, al reconocimiento de situaciones jurídicas creadas al amparo de leyes extranjeras.

Una vez que un derecho ha nacido -o ha dejado de nacer- con --

(40) Maekelt, op. cit., pág. 144.

arreglo a las disposiciones de la ley competente, es preciso determinar los efectos que él pueda producir o dejar de producir extraterritorialmente. "¿Deberá considerarse limitada la existencia de este derecho al Estado en cuyo territorio ha nacido -se pregunta Pillet- (41) o se le deberá reconocer en otro-- Estado cualquiera, teniendo el gobierno de este Estado, si el caso llega, que -prestar el apoyo de la fuerza pública al titular de este derecho para asegurarle el goce de las ventajas que él mismo implica? Si es así, si un derecho regularmente adquirido debe ser respetado en todo lugar, ¿En qué límites se -- contendrá este principio de respeto y por que excepciones justas habrá que mo delarlo?" y agrega "tales son los términos de esta nueva cuestión".

Ya no estaremos en presencia de un conflicto de leyes propiamente como tal, pues no se trata de determinar conforme a qué ley se creará o se extinguirá un derecho, sino más bien lo que se buscará es dilucidar qué efectos jurídicos producirá un derecho en un país distinto a aquel en que se ha generado.

Supongamos, por ejemplo, que un colombiano casado viene a México, lo que nos interesará no es determinar cual será la ley competente para que pueda contraer nupcias sino más bien si se reconocerá en nuestro país su matrimonio celebrado en Colombia.

Se puede apreciar que cronológicamente, ambos problemas no se plantean en el mismo momento. El problema de los derechos adquiridos no surge sino después de nacido el derecho. No se discute sobre los efectos de

(41) Guzmán, op. cit., pág. 710.

un derecho sino en tanto que se está cierto de su existencia.

Durante mucho tiempo no se percibió la necesidad de analizar con detenimiento la noción de los derechos adquiridos. Se resolvían los conflictos sin distinguir la cuestión del nacimiento del derecho, de la del respeto del mismo. Este defecto de análisis condujo a una mayor obscuridad y una gran incertidumbre respecto a las soluciones de una rama del derecho que requiere especialmente claridad en todos sus planteamientos.

La teoría de los derechos adquiridos no ha provocado en la doctrina tantas discusiones como han surgido en otros temas del Derecho Internacional Privado, principalmente porque casi todos los estudiosos de la materia han con seguido en la actualidad, ver con objetividad la importancia lógica de ciertos principios. No obstante, podemos distinguir dos corrientes entre los autores. Por una parte la doctrina angloamericana de los "vested rights" (derechos adquiridos) cuyo principal exponente es Dicey que pretende englobar todos los conflictos del Derecho Internacional Privado dentro de la problemática de los derechos adquiridos. Sin embargo, querer reducir todo el Derecho Internacional Privado a un reconocimiento de los derechos adquiridos es limitar dicho Derecho a una de sus partes. Así como no puede negarse la existencia del problema de los derechos adquiridos, tampoco puede negarse la existencia previa del conflicto de leyes. Y en esto último consiste la segunda corriente que ha sido expuesta y defendida por Pillet y aceptada por la mayoría de los países de tradición romana (42).

(42) Guzmán, op. cit., pág. 711.

Esta aceptación respecto a la teoría de los derechos adquiridos se ha concretado en la uniformidad de criterios respecto a las condiciones requeridas para su existencia, el límite de sus efectos y las excepciones al reconocimiento de los mismos.

Las condiciones para su existencia son dos:

- 1) Que el derecho haya nacido en virtud de la ley internacionalmente competente, según el sistema de Derecho Internacional Privado del país en que se invoque; y
- 2) Que se haya cumplido con todos los requisitos impuestos internamente por esta ley internacionalmente competente.

Los efectos quedan limitados por las siguientes reglas:

- 1) Un derecho adquirido en un país debe producir en los demás países los mismos efectos que en el país de origen.
- 2) Al reconocer un derecho adquirido no se le hará producir más efectos que los que tiene en sí mismo.
- 3) No se puede reconocer, bajo la forma de un derecho adquirido un derecho diferente de aquel que ha sido adquirido.
- 4) Si un derecho no tiene eficacia extraterritorial en conformidad a la ley del país en que nació, no se le podrá invocar en el extranjero.

Las excepciones a su reconocimiento y consecuentemente a su respeto son:

- 1) Cuando la institución jurídica en que se basa el derecho adquirido no existe en el país en que éste se invoca.
- 2) Cuando el derecho adquirido es contrario al orden público del país en que se invoca.
- 3) Cuando el derecho ha sido adquirido en el extranjero mediante el fraude a la ley.

Ahora bien, estos principios y reglas que se han enumerado no han sido aceptados en su conjunto por todos los juristas, razón por la cual no encontramos aplicaciones legislativas que las acepten en su totalidad. Su formulación general la encontramos en el artículo 80. del Código Bustamante, ya citado:

"Los derechos adquiridos al amparo de las reglas de este Código tienen plena eficacia extraterritorial en los Estados contratantes, salvo que se opusiere a alguno de sus efectos o consecuencias una regla de orden público internacional".

En lo que respecta a las legislaciones internas de los países latinoamericanos, Maekelt (43) afirma que "ninguna de ellas se ocupa del respeto de los derechos adquiridos bajo el imperio de otra ley. Existen, desde luego, normas especiales que reconocen eficacia y validez a relaciones jurídicas -

(43) Maekelt, op. cit., pág. 145.

nacidas en el extranjero, pero no se trata de un principio general de validez universal, sino sólo aplicable a los casos que específicamente enuncia la ley de cada caso particular".

Cabe decir, sin embargo, que el Segundo Restatement, como lo hemos expresado en la primera parte de este trabajo, resuelve el reconocimiento de los derechos adquiridos bajo la ley de otro Estado, atendiendo los principios de balance de los intereses y factor de conexión (the most significant relationship).

La Constitución mexicana, en su artículo 121, adopta una posición de reconocimiento y respeto de los derechos adquiridos pero sólo hace referencia a los conflictos dentro de la República Mexicana, es decir, a los conflictos interestatales.

CAPITULO 4

ANALISIS DE LOS PRINCIPIOS JURIDICOS ADOPTADOS EN LA CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE NORMAS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

Capítulo 4 ANÁLISIS DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS ADOPTADOS EN LA
CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE NORMAS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

4.1 Importancia de la convención, 4.2 Ambito de aplicación de la convención, 4.3 Aplicación del derecho extranjero, 4.4 Institución desconocida, 4.5 Recursos procesales, 4.6 Orden público, 4.7 Fraude a la ley, 4.8 Derechos adquiridos, 4.9 Cuestiones Previas, 4.10 Adaptación, 4.11 Disposiciones ordinarias.

4.1 IMPORTANCIA DE LA CONVENCIÓN.

La necesidad de elaborar una convención especialmente referida a las normas generales del Derecho Internacional Privado fue planteada por primera vez nítidamente en la XIX Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados (44).

La Organización de Estados Americanos incluyó este tema para ser considerado en la segunda reunión de CIDIP en Montevideo. En las deliberaciones de CIDIP II se analizaron los proyectos presentados por el Comité Jurídico Interamericano, la delegación argentina y la delegación mexicana. Resultó especialmente útil un documento elaborado por Siqueiros y Arellano García (45), que reunía una valiosa información sobre las disposiciones vigentes de diversas legislaciones de América e incluía un análisis de los proyectos de Código de Derecho Internacional Privado de Brasil y Venezuela.

(44) Federación Interamericana de Abogados; XIX Conferencia, "Resoluciones, Recomendaciones y Declaraciones", Cartagena, Colombia, 1975.

(45) Este documento no ha sido publicado en México en su texto completo, - sin embargo, puede encontrarse una síntesis del mismo en el libro: "Primer Seminario de Derecho Internacional Privado con el título: "Es Posible la Codificación de Principios Generales del Derecho Internacional Privado?" México, UNAM, 1979, págs. 115 a 152.

Se aprobó finalmente en Montevideo la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, que viene a ser la primera a nivel mundial que se refiere especialmente a las normas generales.

Con respecto al resto de las convenciones elaboradas en CIDIP ésta reviste una importancia particular en la medida que establece las bases de aplicación de todas ellas. A continuación procederemos a comentar las disposiciones que en ella se contienen.

4.2 AMBITO DE APLICACION DE LA CONVENCION.

"Artículo 1o. 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".

En este primer artículo se consagra el principio doctrinal que cristaliza la ideología de fondo que tiene esta convención. Se establece como punto de partida la relación jurídica o supuesto de hecho para determinar cual será la norma aplicable. "Se abandona así la concepción territorialista que, por considerar a la norma una emanación de la soberanía estatal, parte de dicha norma para determinar las relaciones jurídicas que deben ser reguladas" (46).

(46) Maekelt, op. cit., pág. 152.

Respecto a la segunda parte de este artículo algunos convencionistas consideraron superfluo determinar el orden jerárquico de normas que rigen situaciones vinculadas al derecho extranjero. Sin embargo, prevaleció el criterio según el cual la norma contiene un precepto adecuado que sirve de orientación para los jueces que deben resolver los conflictos de leyes y que en muchos casos no poseen un conocimiento profundo de esta disciplina. Consideramos muy acertado el que se haya incluido esta aclaración pues en esta forma la convención adopta una posición firme frente a la corriente según la cual la aplicación del derecho interno es el resultado directo de la soberanía estatal, que no admite una subordinación de las normas internas a las estipuladas en convenciones internacionales.

4.3 APLICACION DEL DERECHO EXTRANJERO.

"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".

La obligación por parte de los jueces nacionales de aplicar el derecho extranjero quedó plasmada por primera vez en el artículo 2o. del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1889 y fue continuada en 1940. El Código Bustamante en su artículo 408 la disponía igualmente como lo hemos expuesto en el primer capítulo de este trabajo.

Después de haberse discutido la redacción final del artículo citado -

se decidió suprimir la expresión "de oficio" al establecer la obligación de -- aplicar el derecho extranjero. Ahora bien, el que se haya decidido eliminar - tal frase, no quiere decir que no exista tal obligación de oficio por parte de los jueces y autoridades nacionales de aplicar el derecho extranjero. Fundamentamos nuestra posición en el informe del relator de la Comisión II referente al tema de normas generales de Derecho Internacional Privado que dice así:

"Es oportuno mencionar que fue motivo de discusión si se debía o no señalar expresamente, que la aplicación de la ley extranjera por el juez de la causa se haría de oficio, oponiéndose algunas delegaciones a la expresión "de oficio", alegando que la misma resultaba superflua si al mismo tiempo se afirmaba la obligación del juez de aplicar dicha ley y, además, que no se podía imponer el principio - impulsivo o el principio dispositivo, pues ambos quedan sometidos a la soberanía interna de los Estados. Las razones aludidas determinaron la eliminación de la referida expresión" (47).

Se dice en el párrafo anterior que no se podía imponer el principio impulsivo o el principio dispositivo porque no se puede obligar a un juez a aplicar de oficio el derecho extranjero si en el país del que corresponde ese derecho no está establecido que se aplique de oficio. Por lo tanto, cuando la lex causae señale que se aplicará de oficio, así se hará y cuando señale que se requiere querrela de parte, entonces el juez tendrá que esperar la queja.

(47) Actas y Documentos, Segunda Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP II) Volumen I OEA/ Ser K/XX1.2 CIDIP II/68, Vol. I, 5 de mayo de 1979, pág. 287.

Por otro lado, la interpretación que sostenemos, es toda una tradición pues coincide con lo establecido tanto en los Tratados de Montevideo como en el Código Bustamante.

La obligación por parte del juez "de aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable" implica el que haga un esfuerzo por comprender el contenido, sentido y alcance de la disposición extranjera, y la interprete a la manera como lo haría el otro juez. Esta es quizá la disposición más difícil de llevar a cabo de todas las señaladas en esta convención. En efecto, con el cúmulo de trabajo que suelen tener los jueces, les resulta muy difícil ponerse a estudiar con profundidad el derecho extranjero y llegar a comprenderlo plenamente. Más difícil aún si se trata del Common Law, aplicable en los Estados Unidos y el Canadá (48).

La obligación que se dispone en el artículo que nos ocupa no solamente es para los jueces sino también para las autoridades. Se entiende lo anterior al observar como cada vez es más frecuente en algunos países la creación de organismos dependientes del Poder Ejecutivo encargados de aplicar el derecho. En México es el caso de las Juntas de Conciliación y Arbitraje y la Procuraduría Federal del Consumidor, entre otros.

Señala también el artículo 2o. que las partes pueden "alegar" el derecho extranjero, "es decir están facultadas para impugnar el texto de ese derecho o su vigencia, y así mismo también pueden "probar" el mismo con los

(48) Ni los Estados Unidos ni el Canadá han ratificado esta convención pero no se descarta esa posibilidad.

documentos que presenten al juez. Se trata de "un sistema mixto por el cual, obliga en primera instancia al juez a que aplique el derecho extranjero pero - también deja a las partes a que participen en el proceso de su discusión y de su prueba" (49).

"En México la Suprema Corte de Justicia ha afirmado que "cuando las partes invoquen derecho extranjero, no sólo deben probar su vigencia, sino además su aplicabilidad a los hechos afirmados". (50)

"El artículo analizado responde a la evolución doctrinal registrada - en los países del hemisferio y constituye un antecedente valioso para afirmar las jurisprudencias nacionales que consideran a la ley extranjera como derecho. Así mismo, refleja la posición sustentada en los proyectos de leyes sobre Derecho Internacional Privado y las tendencias de la reciente legislación de algunos Estados de Estados Unidos de América, así como algunas reglas adoptadas por las cortes federales... Por ello puede pensarse que lo dispuesto en este artículo contribuye a la unificación normativa del Derecho Internacional privado en - el hemisferio" (51).

4.4 INSTITUCION DESCONOCIDA.

"Artículo 3o. cuando la ley de un Estado Parte tenga instituciones o procedimientos esenciales para su adecuada aplicación y no estén --

(49) Pereznieto, Leonel: "Algunas Consideraciones acerca de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado". Anuario Jurídico de la Escuela Libre de Derecho, 1980, Tomo I, 7a. Epoca págs. 305-306.

(50) Maekelt, op. cit., pág. 156.

(51) Pereznieto, "Análisis de algunos principios..." op. cit., págs. 262-263.

contempladas en la legislación de otro Estado Parte, éste podrá negarse a aplicar dicha ley, siempre que no tenga instituciones o procedimientos análogos".

En este artículo se contemplan los casos en que es lícito oponer la excepción de institución desconocida para dejar de aplicar el derecho extranjero.

En la concepción más radical, esta excepción impide la aplicación del derecho extranjero cuando la institución contemplada en él no exista en el sistema legal del juez de la causa de manera exactamente correspondiente. Dar cabida a esta excepción en forma tan estricta sería claramente manifestación de la teoría territorialista que trata de reducir al mínimo las posibilidades de aplicar una norma del derecho extranjero.

Conviene dejar claro que la excepción de institución desconocida opera con independencia del orden público y no aceptamos la posición de quienes pretenden apoyar la excepción de institución desconocida, para darle mayor peso, en preceptos de orden público. En apoyo a esta postura se encuentra Maekelt:

"Se ha argumentado que esta excepción cobra fuerza cuando la figura legal que se trata de aplicar es contraria al orden público del juez de la causa; sin embargo, puede considerarse que en este caso es la violación del orden público lo que lleva a rechazar el derecho extranjero y no el desconocimiento de la institución" (52).

(52) Maekelt, op. cit., págs. 160-161.

El artículo que nos ocupa reglamenta hábilmente los casos justificables de inaplicabilidad del derecho extranjero por desconocimiento de la institución, sin adoptar una fórmula tan amplia que la hiciera ineficaz.

Se hace énfasis en la disposición referida que "se trate de instituciones o procedimientos esenciales para su adecuada aplicación" de manera que se evite que un juez o autoridad deje de aplicar el derecho extranjero simplemente porque la institución o procedimiento contemplado en el mismo no tiene un nombre idéntico en el foro. Será procedente entonces, la excepción cuando las diferencias sean esenciales; de fondo, no de forma.

La norma que contiene este artículo 3o. es clara en su estructura interna. Corresponderá a los jueces y autoridades nacionales determinar en los casos concretos la procedibilidad de la excepción.

4.5 RECURSOS PROCESALES.

"Artículo 4o. 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".

La norma contenida en este artículo es casi idéntica a la que prevalece el artículo 3o. del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo.

Como se puede observar, esta disposición implica que la ley extranjera, una vez aplicada por el juez nacional, deberá serlo como si hubiera aplica-

do su derecho propio y en este sentido dará lugar a que los recursos procesales previstos en este derecho local puedan ser igualmente admitidos al aplicarse derecho extranjero.

En el curso de los debates que surgieron durante la elaboración de este artículo, tomó cuerpo una discusión en torno a la pertinencia del recurso de casación (apelación de sentencias) con motivo de la aplicación del derecho extranjero. Se objetaba la validez de la norma respecto al recurso de casación. Algunos argumentaban que éste tiene por finalidad tanto unificar la jurisprudencia nacional, como limitar la potestad del juez a sus aspectos estrictamente jurisdiccionales, evitando que se convierta en legislador al interpretar abusivamente la ley. Se sostuvo que hacer extensivo este recurso al derecho extranjero iba en contra de sus finalidades de orden local, no internacional.

En opinión de Parra-Aranguren "parece indiscutible que el precepto no pretende abandonar al ordenamiento jurídico de cada uno de los Estados Partes, la admisibilidad del recurso de casación por infracción de la ley extranjera y de acuerdo con sus propios términos equipara el derecho foráneo con las normas nacionales en los diversos aspectos relativos al funcionamiento del mencionado instituto; por tanto no sería aceptable que existieran regímenes distintos, establecidos ad libitum, en cada uno de los países vinculados por la convención" (53).

El Código Bustamante en su artículo 412 admite la procedibilidad --

(53) Maekelt, op. cit., pág. 159.

del recurso de casación cuando estuviere previsto en las legislaciones de los Estados contratantes. Consideramos que esto viene a ser un antecedente de tradición histórica que da fundamento a la interpretación de Parra-Aranguren.

Nos parece que Pereznieto sustenta la misma tesis cuando dice:

"al otorgársele al derecho extranjero los mismos recursos procesales que al derecho nacional, aquel puede ser susceptible, como lo sería éste, de apelación - por motivo de interpretación y por tanto de que las instancias superiores revisen sentencias basadas en derecho extranjero y que incluso pueda llegarse a establecer jurisprudencia por parte de los tribunales superiores acerca del contenido y alcance del derecho extranjero" (54).

La fórmula empleada en este artículo permite la elección de los re cursos procesales del foro, lo que proporciona flexibilidad al procedimiento en función de las características específicas de cada caso. Aún así que la disposición analizada no representa una novedad en la historia del movimiento codificador americano, su inclusión da cohesión a la norma general del artículo -- 2o., que consagra el principio de aplicación del derecho extranjero.

4.6. ORDEN PUBLICO.

"Artículo 5o. la ley declarada aplicable por una convención de Derecho Internacional Privado, podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considere manifiestamente contraria a los principios de su orden público".

(54) Pereznieto, "Algunas Consideraciones... op. cit., pág. 306.

En este artículo se establece la excepción de orden público como impedimento para aplicar el derecho extranjero. Con esta disposición se ha pretendido restringir el derecho a invocar la excepción de orden público que fácilmente puede interponerse cuando existe un territorialismo exacerbado que ocasiona el que los conflictos se resuelvan arbitrariamente.

Ya en 1889, cuando se celebró el primer congreso de Montevideo, los pueblos de Sudamérica habían adoptado una fórmula para prever la aplicación de leyes extrañas cuando ellas atentaran "contra las instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso" (55).

Con el nacimiento del Código Bustamante, en vez de lograrse un adelanto en la concepción de esta institución, en nuestra opinión, los juristas de entonces se atrasaron más. Efectivamente, al tratar de delimitar el contenido de esta excepción, en el artículo 4o., dieron el carácter de orden público internacional a los preceptos constitucionales de los distintos Estados. Esto nos hace ver en que medida se encontraban confundidos pues el orden público es una institución de derecho privado, aplicable en el ámbito de las normas de derecho privado. En el artículo citado parece ser que se pretende hacer referencia a normas de derecho público, que no son relevantes para este análisis. Una disposición de esta naturaleza no corresponde a un Código de Derecho Internacional Privado.

Consideramos que la excepción de orden público se reglamenta con

(55) Ver Art. 4o. del Protocolo Adicional de los Tratados de Montevideo.

mayor corrección en los Tratados de Montevideo y en las convenciones suscritas en CIDIP. Se concibe como una excepción a la aplicación del derecho extranjero aproximándose así más a la doctrina de Savigny, que propugna por la aplicación a posteriori de la excepción, es decir, después de haber confrontado la ley extranjera con el derecho interno.

La fórmula incorporada en las convenciones aprobadas en Panamá -- se refiere a la facultad del Estado de rehusar la ejecución de un procedimiento o la aplicación de una disposición cuando sea "manifiestamente contraria al orden público".

La misma fórmula se puede observar en las Convenciones de CIDIP I con excepción de la Convención sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias -- y Laudos Arbitrales Extranjeros que habla "de los principios y de las leyes de orden público" y la Convención sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, que habla de afectaciones a "la seguridad o soberanía". Si ya de por sí resulta teórico y poco concreto el concepto de orden público, es incomprensible que se adopte en esta última convención una expresión tan poco precisa, lo que trae consigo, como ya lo hemos visto, que se introduzcan -- concepciones que nada tienen que ver con el Derecho Internacional Privado.

En el artículo que nos ocupa no se define al orden público ni se hace referencia a los contenidos que él pueda tener; únicamente se dice que se trata de principios. "Ello es congruente con la concepción que considera al orden público como una excepción que eventualmente provoca el rechazo de la

norma extranjera, como resultado de un proceso comparativo entre los efectos de ésta y los principios de aquél. Igualmente puede observarse la eliminación del término "internacional" que hubiere sido preferible mantener (orden público internacional) -para diferenciarlo del orden público interno, destinado a salvaguardar las normas y principios fundamentales de un orden jurídico en relación a los actos celebrados por particulares que fueron sometidos a él" (56).

La expresión "manifiestamente" obliga al juez nacional a no utilizar este medio de manera indiscriminada. En efecto, queda obligado, en nuestra opinión, a determinar en que sentido el derecho extranjero susceptible de ser aplicado resulta "manifiestamente" contrario, en qué radica esa diferencia con el orden público y si no lo expresa se podría considerar infundada esa resolución y por lo tanto fácilmente impugnabile donde tiene cabida el recurso de apelación o casación.

Existe una cuestión que podría ser discutida posteriormente con el fin de perfeccionar este artículo. Se trata del camino que deberá seguir el juez una vez que resuelve dando procedencia a la excepción de orden público. En el proyecto de Código de Derecho Internacional Privado que se elaboró en Argentina se propuso aplicar entonces la norma del derecho extranjero competente más adecuada y, si no existe, recurrir entonces al derecho interno (57).

Aunque esta disposición es sin duda perfectible, puede considerarse

(56) Maekelt, op. cit., págs. 164-165.

(57) Ver Artículo 60. del proyecto en Maekelt, op. cit., pág. 216.

al artículo 5o. de la Convención sobre Normas Generales adecuado para lograr la unificación convencional en América. Ahora bien, hay que tener presente - que se trata de una cuestión delicada que muchas veces tiene de fondo actitudes muy nacionalistas que es preciso seguir abatiendo.

4.7 FRAUDE A LA LEY.

"Artículo 6o. no se aplicará como derecho extranjero el derecho de un Estado Parte, cuando artificiosemente 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".

Con esta norma se incorpora el instituto de fraude a la ley como - excepción a la aplicación del derecho extranjero. Para ello debe haberse provocado un desplazamiento voluntario de los puntos de contacto con el fin de - evitar la aplicación de la ley normalmente competente y conectarse con otra más favorable.

La expresión "principios fundamentales" no parece haber sido la - más atinada, pues resulta poco precisa, sin embargo, refleja la intención de - ampliar el radio de aplicabilidad del dispositivo.

La cuestión de probar la intención fraudulenta de las partes fue un tema sumamente debatido. Por una parte, había delegados que consideraban - que se estaba concretando un precepto que atendía más a la teoría subjetiva -

del fraude y que los jueces no pueden determinar dicha intención, la cual debe ser inferida a partir de manifestaciones exteriores. Finalmente, dominó la mayoría que aceptaba la redacción actual.

Se establece, por otra parte, la no aplicabilidad del derecho extranjero, no solamente cuando se haya defraudado al derecho nacional del juez de la causa, sino también cuando sea defraudado el derecho de cualquier "otro" Estado Parte. Lo anterior permitirá que puedan ser consignadas aquellas relaciones jurídicas que fácilmente podrían ser reconocidas por jueces cuya ley no ha sido defraudada (58).

En este precepto "no queda claro si la norma asume el principio - "fraus omnia corrumpit" (el fraude todo lo corrompe), abarcando por tanto no sólo al acto fraudulento en sí, sino también anulando todas las situaciones jurídicas creadas con motivo de él" (59).

El fraude a la ley fue un tema de difícil manejo en CIDIP II que -- tendrá que tratarse nuevamente pues la fórmula aceptada presenta dudas y en general, resulta insegura aún así que es clara desde el punto de vista conceptual. Sin embargo, considerando que es la primera vez que se regula a nivel interamericano esta figura, se tiene el mérito de haber logrado un consenso sobre una fórmula que posteriormente permitirá ser refinada.

(58) Resulta extraño que en el proyecto Siqueiros-Arellano se previera únicamente el fraude a la lex fori cuando ambos tratadistas conocen el caso de los "divorcios al vapor" y lo exponen en sus libros el cual es un caso típico de fraude a la ley extranjera que se ha presentado en México.

(59) Maekelt, op. cit., pág. 168.

4.8 DERECHOS ADQUIRIDOS.

"Artículo 7o. 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".

El Tratado de Derecho Civil de Montevideo se refiere a los derechos adquiridos en los artículos 2o., 3o. y 31 pero únicamente respecto a la capacidad de las personas y a su relación con los bienes muebles.

El Código Bustamante en su artículo 8o. contiene una disposición -- más parecida a la de esta convención pero sigue manteniendo la expresión -- "derechos adquiridos" y habla del orden público "internacional".

En las deliberaciones de CIDIP II se consideró que la expresión "situaciones jurídicas" era más amplia y cubría más acontecimientos como son los hechos jurídicos.

Resulta importante advertir que la norma analizada establece que -- las situaciones jurídicas deben haber sido válidamente creadas "de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan una conexión al momento de su creación." "Con esta fórmula se abandona la teoría de los derechos adquiridos que había sido receptada tanto en el proyecto Siqueiros-Arellano como en el proyecto -- del Comité Jurídico Interamericano, al exigir que los derechos debían ser válidamente adquiridos según el derecho del Estado en el cual ellos se generaban..

La convención Interamericana adopta una perspectiva distinta: no consagra la doctrina de los derechos adquiridos según el derecho competente sino según to dos los derechos competentes" (60).

Sostiene Goldschmidt que la fórmula planteada originalmente, responde a la teoría de los derechos adquiridos que "cree en reglas indirectas de va lidez universal, de suerte que si alguien adquiere un derecho válidamente según el ordenamiento jurídico competente en virtud de la norma indirecta de validez universal, los demás Estados han de reconocerlo forzosamente" (61).

Es importante señalar que la regla omite expresar si se está refiriendo a situaciones jurídicas válidamente creadas de acuerdo con las leyes ma teriales de los Estados Partes, o si resulta suficiente que ellos se adquieran -- como señalan sus normas de conflicto. En opinión de Maekelt "la última interpretación es más liberal y se adecúa mejor a los fines perseguidos por el - Derecho Internacional Privado" (62).

Se introduce nuevamente en forma específica la excepción de orden público respecto a los derechos adquiridos. Hubiera sido muy positivo en nues tra opinión que se hubiera agregado la expresión "manifiestamente" tal como se encuentra en el artículo 5o., ya analizado. Ello hubiera restringido las posibilidades de invocar al orden público para no reconocer derechos válidamente adquiridos en el extranjero.

(60) Idem. pág. 170.

(61) Idem. pág. 170-171.

(62) Idem. pág. 171.

Resulta interesante destacar que en el proyecto Siqueiros-Arellano se establecía que los derechos adquiridos serían reconocidos en los otros Estados Partes, "a menos que el Estado de reconocimiento reclame competencia exclusiva en la materia..." Esta posición no se adoptó en la convención.

Para Pereznieto "no deja de sorprender que en una convención aprobada en 1979 aún se recoge la antigua idea anglosajona de los derechos adquiridos o "vested rights". En efecto, el desarrollo actual del Derecho Internacional Privado parte del principio que a través de la norma de conflicto o mediante los procedimientos establecidos para el reconocimiento de sentencias -- extranjeras, las situaciones válidamente creadas en el extranjero son susceptibles de ser reconocidas, sin embargo, este texto es una muestra de que aún participan en estos eventos internacionales juristas de corte tradicional y con influencia anglosajona" (63).

En opinión de García Moreno la adopción, en este artículo, de la -- teoría anglosajona de los "vested rights" responde nuevamente al propósito de acercar el Common Law y el derecho codificado, lo cual conlleva negociar con las instituciones propias de cada sistema (64).

Podemos decir que, en general, el artículo 7o. de la convención resulta afortunado por cuanto que es amplio en la esfera de acontecimientos que regula y, al mismo tiempo, resulta preciso en su terminología lo cual no sacrifica la seguridad jurídica.

(63) Pereznieto, "Algunas Consideraciones...", op. cit., pág. 308.

(64) García Moreno, Víctor Carlos. Esta opinión nos fue manifestada por él en forma oral.

4.9 CUESTIONES PREVIAS.

"Artículo 8o. 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".

Por primera vez se reglamenta a nivel interamericano la llamada -- cuestión previa que surge como hemos dicho, al momento de aplicar una ley - material extranjera a una cuestión principal que a su vez produce otra cues-- tión prejudicial.

En realidad esta disposición no resuelve definitivamente el problema de la unificación convencional de criterios con respecto a la cuestión previa. Esto resulta evidente pues la regla autoriza a que cada juez o autoridad nacional siga aplicando a las cuestiones previas el Derecho Internacional Privado del Foro o el de la lex causae de acuerdo a sus propias concepciones.

Con la fórmula empleada se adopta la tesis que sostiene que debe - haber conexiones independientes entre la cuestión principal y la cuestión pre-- via.

Se establecen sinónimos de la cuestión previa para referirse a cualquier asunto que en forma accesoria aparezca vinculado a la misma. Lo ante-- rior da amplitud al ámbito de aplicación de esta disposición.

Es importante señalar, igualmente, que "la expresión utilizada en el artículo: "de acuerdo con la ley que regula...", debe interpretarse como

referida a la norma de Derecho Internacional Privado pertinente, a menos que se trate de la cuestión previa de carácter material. Como ha sido claramente apuntado por Lalive", el problema de la cuestión incidental no es el de la ley aplicable a ella, sino el del Derecho Internacional Privado cuyas reglas van a determinar esa ley aplicable" (65).

Creemos que esta norma tendría que ser más dispositiva e indicativa para ser considerada una regla definitiva en Derecho Internacional Privado. Hacemos votos para que en un futuro se estudie la posibilidad de establecer un dispositivo que señale que ordenamiento es competente con exclusividad para regular las cuestiones previas.

4.10 ADAPTACION.

"Artículo 9o. 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".

Este artículo no tiene antecedentes en la historia del movimiento codificador americano. Plantea un criterio para resolver el problema de aplicación simultánea de normas materiales de sistemas jurídicos disímiles como efecto de la operación de las reglas conflictuales en un caso concreto.

(65) Maekelt, op. cit., pág. 173.

En opinión de Maekelt "la redacción acordada es lo suficientemente amplia como para superar lo que Kegel denomina contradicción lógica o antinomia (Seinswiderpruch) o el resultado inadecuado (Sollenswiderspruch). (66).

A través de esta disposición, la Convención sobre Normas Generales trata de obtener el necesario equilibrio entre la justicia formal, perseguida por las normas de conflicto, y la justicia material, que debe realizarse en la específica solución de una controversia.

Ahora bien, las opiniones respecto a este artículo han dividido a los tratadistas pues no todos consideran que el segundo párrafo complementa correctamente al primero. Autores, como Pereznieto, consideran que la inclusión del segundo párrafo sacrifica el sistema de coordinación de ordenamientos jurídicos que consagra el primer párrafo "conforme al cual, la interpretación que se haga de una determinada relación jurídica deberá ser acorde con la normatividad con base a la cual fue creada a fin de garantizar la continuidad internacional de las relaciones humanas. En cambio en el segundo párrafo de la disposición... se determina que las interpretaciones que se hagan de una relación jurídica serán conforme a "las exigencias impuestas por la equidad en cada caso concreto" es decir que no necesariamente se tomará en cuenta la normatividad conforme a la cual fue creada la relación jurídica" (67).

En realidad lo que motivó a los participantes de CIDIP II para adop

(66) Maekelt, op. cit., pág. 174.

(67) Pereznieto, "Algunas Consideraciones...", op. cit., pág. 309.

tar la equidad como instrumento de armonización fue el deseo de aproximar - los sistemas de derecho codificado con el Common Law y conseguir con ello mejorar expectativas para una posible adhesión a la Convención por parte de los países norteamericanos, donde el concepto de equidad tiene especial relevancia en la actividad jurisdiccional.

Nosotros consideramos que existe verdaderamente una contradicción en la redacción del artículo 9o. que en un caso determinado puede provocar - resultados contradictorios. Sin embargo, pensamos que la aplicación exclusiva del sistema de armonización del primer párrafo puede también arrojar contradicciones -pues no es un sistema perfecto- que únicamente podrán resolverse con el auxilio de la equidad. Si bien el sistema de la equidad plantea una cierta inseguridad jurídica, en la práctica resulta un recurso formidable para resolver los complejíssimos problemas de inadaptación de ordenamientos jurídicos distintos. Evidentemente se hace necesario ir superando posiciones legalistas para lograr la eficacia de sentencias fundadas en la equidad y en ese sentido este artículo constituye un primer paso para esta batalla.

"Cabe señalar que el artículo 9o. examinado no hace referencia a los casos de adaptación cuando ella se refiere a los conflictos móviles, con motivo de los cuales se produce en el tiempo una sucesión de leyes destinadas a regir una misma situación jurídica. Este sería un aspecto en el cual el perfeccionamiento de la convención sería posible en el futuro! (68).

(68) Maekelt, op. cit., págs. 174-175.

El artículo analizado constituye una necesaria y oportuna innovación dentro del marco del movimiento codificador americano en materia de Derecho Internacional Privado que servirá como antecedente valioso para ser considerado por la doctrina y la jurisprudencia de los países del continente.

4.11 DISPOSICIONES ORDINARIAS.

Al hablar de las disposiciones ordinarias de la Convención sobre Normas Generales, hacemos referencia a las cláusulas que comúnmente se establecen sin variación en todas las convenciones de CIDIP y que tratan acerca de la firma (artículo 10), ratificación (artículo 11) y adhesión (artículo 12) por parte de los Estados a la convención. Se establece así mismo lo relativo a las reservas (artículo 13) y entrada en vigor de la convención (artículo 14). Se menciona la vigencia espacial de la misma (artículo 15) el procedimiento para las denuncias (artículo 16), que se depositará el instrumento original de la Convención en la Secretaría General de la OEA la cual deberá notificar a los Estados miembros de las firmas, ratificaciones, reservas, denuncias y declaraciones que se vayan haciendo a la misma (artículo 17).

Toda vez que el contenido principal de la convención ya ha sido analizado no consideramos necesario detenernos a examinar esta última parte. Únicamente nos referiremos a las reservas en el próximo capítulo cuando meditemos sobre la que México hizo. Si el lector tiene interés en conocer el contenido exacto de las disposiciones ordinarias lo remitimos al anexo I de este trabajo que contiene el texto completo de la convención.

4.12 NORMAS GENERALES NO REGULADAS EN LA CONVENCIÓN: CALIFICACION Y REENVÍO.

Tanto en el proyecto de convención que presentó el Comité Jurídico Interamericano, como en el de Siqueiros y Arellano se contenían preceptos que trataban el tema de la calificación y el reenvío. Sin embargo, estos temas no llegaron a plasmarse en esta convención, pues no hubo uniformidad de criterios para regularlos. En opinión de Goldschmidt lo anterior resultó afortunado pues "mucho más valió no resolver un problema que solucionarlo defectuosamente" (69).

Mencionemos, siquiera brevemente, el contenido de estas instituciones y la problemática que plantean en los conflictos internacionales.

"El reenvío es el fenómeno a que da lugar la existencia de un conflicto negativo entre las disposiciones de Derecho Internacional Privado, de -- dos o más legislaciones que no se reconocen competencia a sí mismas para -- gobernar una determinada relación jurídica, sino que por el contrario, atribuyen competencia a otra legislación" (70).

Los conflictos negativos son aquellos en que como consecuencia de la disparidad de normas conflictuales no existe propiamente competencia de -- ninguna de las normas en presencia.

(69) Maekelt, op. cit., pág. 175.

(70) Guzmán, op. cit., pág. 511.

Con respecto a la calificación -a que ya nos referimos anteriormente al tratar el tema teórico de la adaptación- podemos decir que consiste en el análisis interpretativo de los conceptos que establece una norma de conflicto (forma de los actos, lugar de ejecución de los contratos, capacidad, contratos, etc.)

La calificación puede ser de dos tipos: lex fori y lex causae. Es lex fori cuando los conceptos se interpretan conforme al derecho interno, es decir, con base en el derecho del juez que conoce del litigio. Es lex causae cuando la interpretación se hace de acuerdo al derecho extranjero que contiene la norma que ha de aplicarse.

Antecedentes convencionales en América de estas instituciones sólo podemos encontrar en el Código Bustamante que en su artículo 6o. establecía la calificación lex fori.

Con respecto a la Convención sobre Normas Generales, cabría estimar que el reenvío "puede ser aplicado si se encontrara aceptado en las normas de Derecho Internacional Privado del sistema jurídico señalado como aplicable por la norma de conflicto. Ello encontraría una base en lo dispuesto por el artículo 2o. de la convención que establece la aplicación del derecho extranjero "tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable... Por nuestra parte, consideramos que no fue la intención del legislador inducir directa o indirectamente el reenvío en esta convención" (70).

(70) Maekelt, op. cit., pág. 176.

El tema de la calificación al igual que el reenvío es objeto de - muchos debates en la actualidad. En cierta forma las experiencias que se ten gan del artículo 9o. en un futuro, podrían reducir estas diferencias y preparar el camino para la elaboración de una fórmula de calificación de aceptación ge neral.

CAPITULO 5

POSICION DE MEXICO FRENTE A LA CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE NORMAS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

Capítulo 5 POSICION DE MEXICO FRENTE A LA CONVENCION
INTERAMERICANA SOBRE NORMAS GENERALES DE
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

5.1 Participación de México en la Convención, 5.2 Consecuencias Jurídicas para México al ser parte de la Convención, 5.3 Mecanismos que coadyuvarían en México al exacto cumplimiento de la Convención.

5.1 PARTICIPACION DE MEXICO EN LA CONVENCION.

Como lo hemos mencionado ya, México ha colaborado activamente en la celebración de las Conferencias de CIDIP, lo que manifiesta un verdadero interés por parte de las autoridades para conseguir dar solución legal a los problemas que plantea el Derecho Internacional Privado. La Secretaría -- de Relaciones Exteriores es la dependencia que se ha encargado de organizar la participación de México en la elaboración de las convenciones interamericanas. Para este fin ha solicitado la colaboración de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado, A. C. (A. M. D. I. Pr.) Esta Asociación reúne a los más destacados juristas mexicanos especializados en esta materia.

Para la celebración de CIDIP II nuestro país presentó, entre otros, un proyecto de Convención sobre Normas Generales de Derecho Internacional-Privado, el cual fue preparado principalmente por José Luis Siqueiros y Carlos Arellano García, habiendo sido aprobado por todos los miembros de la -- -- A. M. D. I. Pr.. (71).

(71) Este proyecto se transcribe íntegro en el Anexo II de este trabajo.

El proyecto mexicano -que fue cuidadosamente elaborado tomando en consideración la legislación interna de los países miembros de la OEA- contempla disposiciones relativas a la aplicación del derecho extranjero, reconocimiento de derechos adquiridos, reenvío, calificación, orden público, fraude a la ley, existencia, estado y capacidad de las personas, domicilio, bienes muebles e inmuebles, forma extrínseca de los actos y obligaciones.

Como puede apreciarse, el proyecto presentado por la delegación mexicana contenía temas que no tuvieron cabida en la convención que finalmente se aprobó, tal es el caso del reenvío, calificación, existencia, estado y capacidad de las personas, domicilio, bienes muebles e inmuebles, forma extrínseca de los actos y obligaciones. Como se mencionó en el capítulo anterior, la temática referente al reenvío fue ampliamente debatida en CIDIP II, resultando imposible que se consiguiera con fórmulas generales. "Hay muchos aspectos en los cuales las coincidencias doctrinales, aún dentro de los países son inciertas, y dentro de la mayor parte de los Estados hay problemas, por ejemplo, acerca de la calificación, sobre la cual todavía no se ha llegado siquiera a un consenso nacional" (72).

Con respecto a la existencia, estado y capacidad de las personas, este tema fue igualmente relegado de CIDIP II por falta de consenso, pero vino a tratarse nuevamente en CIDIP III, donde fue aprobada la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado.

(72) Actas y Documentos, Segunda Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP II), Volúmen III OEA/ Ser. K/XXI.2 CIDIP II/62, 4 de mayo de 1979, pág. 18.

El tema referente al domicilio fue tratado con amplitud en CIDIP II, pero en un grupo de trabajo distinto al que manejó el tema de normas generales, consiguiendo la aprobación independiente de la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado.

En relación a los bienes muebles e inmuebles, forma extrínseca de los actos y obligaciones, no se consideró oportuno tratar su problemática.

La delegación mexicana que asistió a CIDIP II estuvo integrada por Ricardo Abarca Landero, Leonel Pereznieta Castro, José Luis Siqueiros, Carlos Arellano García, Humberto Briseño Sierra, Miguel Angel González y -- Humberto Castro Villalobos. Como invitado especial de la OEA asistió Victor Carlos García Moreno.

En el curso de los debates suscitados en la elaboración de la Convención sobre Normas Generales, la intervención de los delegados mexicanos fue de altísima calidad y seriedad científica, manifestando con seguridad la posición de nuestro país con respecto a los principios generales del Derecho Internacional Privado, pero al mismo tiempo concediendo cierta flexibilidad lo que hizo posible el consenso necesario para aprobar la Convención el 8 de mayo de 1979.

Después de llevar a cabo los trámites que nuestro sistema interno prevé para la adhesión a una convención internacional, el 3 de agosto de 1982

el Plenipotenciario de los Estados Unidos Mexicanos firmó ad referendum la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado. Posteriormente, según lo dispone el artículo 76 Constitucional la Convención fue aprobada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión - el día 10 de diciembre de 1982, según Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 13 del mes de enero de 1983, con la siguiente reserva:

"México interpreta que el artículo 2o. crea una obligación única--mente 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".

El instrumento de ratificación, firmado por el Presidente de la República Mexicana, Miguel de la Madrid Hurtado, el día 21 de enero de 1983 fue depositado ante la Secretaría General de la OEA, el día 19 de abril de 1984 con la reserva mencionada.

México procedió en conformidad con el artículo 13 de la Convención sobre Normas Generales que prevé la posibilidad de hacer reservas a la misma, sin embargo cuando se depositó el instrumento de ratificación en la Secretaría General de la OEA no fue aceptado, alegando que la Reserva Mexicana debía ser aceptada por los Estados Partes de la Convención. Una vez notificados los Estados Partes, ninguno presentó oposición a la reserva que hizo México, toda vez que ésta no era incompatible con el objeto y fin de la Convención, aceptándose finalmente su ratificación.

Posteriormente, en cumplimiento de lo dispuesto en la fracción primera del artículo 89 Constitucional, fue promulgada la Convención por el Poder Ejecutivo Federal el día 30 de julio de 1984, publicándose en el Diario Oficial de la Federación el 21 de septiembre de 1984.

5.2 CONSECUENCIAS JURIDICAS PARA MEXICO AL SER PARTE DE LA CONVENCION.

Por primera vez en su historia, México es Parte de una Convención que contempla Normas Generales de Derecho Internacional Privado. Este hecho, sin lugar a dudas, plantea una posición clara -por ahora el menos - frente a todos aquellos países que sean Partes de esta Convención- sobre -- los principios con los cuales se resolverán los conflictos internacionales de Drecho Privado.

Podemos decir que las fórmulas adoptadas en la Convención -- orientan en primer lugar a que los jueces y autoridades mexicanos tengan una mayor apertura hacia el derecho extranjero y permitan su aplicación cuando resulte competente (artículo 1). En esta forma se combate el recurso fácil de aplicar casi ciegamente el territorialista artículo 12 del Código Civil.

Por otra parte, es necesario hacer ciertas consideraciones respecto a la reserva que hizo México en relación al artículo 2o. de la Convención:

"México interpreta que el artículo 2 crea una obligación única

mente cuanto ante el juez o autoridad se ha comprobado la existencia del derecho extranjero o sus términos son conocidos para ellos de alguna otra manera".

La obligación por parte de los jueces y autoridades de aplicar el derecho extranjero (artículo 2) existirá según el criterio mexicano, siempre y cuando las partes que lo invoquen demuestren materialmente su existencia, es decir, proporcionando al juzgador los textos legales extranjeros en que conste ese derecho, o aquellos documentos a través de los cuales el juzgador puede conocer ese derecho. Establece la reserva que esta obligación persistirá en el caso de que las partes no comprueben la existencia del derecho extranjero, únicamente cuando los términos del derecho extranjero son conocidos para el juez o autoridad de alguna otra manera. En este caso, si no se aplica el derecho extranjero, las partes inconformes deberán comprobar que ese derecho era conocido para el juzgador.

Se explica lógicamente el que México haya presentado esta reserva, pues resulta acorde con lo preceptuado tanto en el artículo 284 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal como en el 86 del Código Federal de Procedimientos Civiles, que consideran al derecho extranjero como un hecho en el proceso, es decir sujeto a prueba por parte de quienes lo invocan.

La posición de México tiene un fundamento muy práctico, al que ya nos hemos referido. Es el hecho de que resulta muy difícil para un juez o autoridad mexicano averiguar el contenido del derecho extranjero por sus propios medios, considerando el cúmulo de trabajo que suelen tener y las dificultades que conlleva localizar ese derecho.

Con relación al artículo 3 de la Convención que reglamenta la institución desconocida, estarán obligados en adelante los jueces y autoridades mexicanas a procurar encontrar la vía adecuada dentro del sistema jurídico mexicano para que el derecho extranjero pueda ser aplicado con sus instituciones o procedimientos en aquellos casos en que estas formas no se adecúen perfectamente a las que prevé la legislación mexicana. Desaparecerá esta obligación cuando no existan realmente instituciones o procedimientos en México, análogos a los previstos en la norma extranjera. Obviamente decimos que México está obligado a actuar así únicamente frente al resto de los Estados Partes de la Convención sobre Normas Generales. Las partes del juicio podrán, en todo caso, proponer la vía de adaptación.

Consideramos muy importante que en un futuro los internacionalistas mexicanos procuren imitar a sus homólogos griegos, proponiendo normas de conflicto con conceptos más amplios que permitan el que las instituciones extranjeras no aparezcan como totalmente desconocidas.

El derecho -que consagra el artículo 4- al utilizar todos los recursos que hay en el foro en los casos de aplicación de normas extranjeras deberá ser igualmente respetado por el juzgador mexicano que conozca de conflictos en los cuales es aplicable esta Convención. Consecuentemente se procederá a admitir todos los recursos que prevé el sistema procesal interno.

Con respecto a la excepción de orden público que se ha estipulado en la Convención (Artículo 5), hay que decir únicamente que será taréa de -

los jueces y autoridades mexicanos determinar su procedibilidad fundamenta -- su decisión, es decir, argumentando por qué razón la aplicación del derecho extranjero no es factible por contravenir lo dispuesto en una norma jurídica mexicana específica. Se trataría en este caso de normas extranjeras "manifestamente" contrarias a los principios de las normas mexicanas y no de simples diferencias accidentales.

Con relación al artículo 6, México en adelante tiene una disposición positiva internacional que le permite señalar los casos en que se está defraudando leyes extranjeras o leyes nacionales y, consecuentemente, dejar de aplicar derecho extranjero.

Se ratifica con el artículo 7 de la Convención la obligación por parte de México de reconocer el derecho extranjero cuando ha sido aplicado válidamente en la creación de situaciones jurídicas. Esta disposición coloca otro frente de lucha contra el territorialismo que ha prevalecido en México.

El precepto contenido en el artículo 8 de la Convención es quizá el que menos afecta al sistema jurídico mexicano, puesto que seguirán teniendo los jueces y autoridades la facultad de señalar la norma jurídica que regulará las cuestiones previas e incidentales que surjan en conflictos internacionales. No obstante, el que exista esta discrecionalidad, consideramos que la norma elegida deberá ser la que guarde una mayor relación con esa cuestión previa.

La fórmula de coordinación de sistemas jurídicos que establece el --

artículo 9 pretende superar cualquier problema que surja por la inadaptación de distintas normas. Considerando el sistema de derecho codificado que existe en México y la poca discrecionalidad que ha quedado a los jueces, será difícil que aquí se resuelvan conflictos utilizando esta técnica. En lo personal, creemos que resulta demasiado abstracta esta disposición para el juzgador mexicano que ha visto reducida su labor a una lisa y llana aplicación de artículos legales específicos. Ahora bien, seguirá siendo obligación de los jueces y autoridades mexicanas estudiar ciertos juicios internacionales con la óptica del artículo 9. Se ha marcado la pauta en esta Convención para que posteriormente se analice en México la posibilidad de ampliar las facultades jurisdiccionales.

5.3 MECANISMOS QUE COADYUVARIAN EN MEXICO AL EXACTO CUMPLIMIENTO DE LA CONVENCION.

A lo largo de este trabajo se ha manifestado de distintas formas el peligro que existe de que esta Convención, al igual que cualquier otra que trate temas de Derecho Internacional Privado, pierda eficacia y se convierta en letra muerta, al no ser correctamente aplicada por quien tiene a su cargo la actividad jurisdiccional, sean jueces o sean autoridades públicas. Es necesario tomar conciencia "sobre la necesidad de atender adecuadamente los casos con elementos extraños... pues sin esta concentración la aplicación del derecho extranjero continuará siendo muy difícil, con lo cual nuestro Derecho Internacional Privado contendrá monumentales estructuras teóricas, con poca eficacia práctica y, con ello, de poca utilidad para los importantes fines que debe cumplir el Derecho Internacional Privado en el mundo contemporáneo". (73).

(73) Maekelt, op. cit., págs. 184-185.

Si bien en México esta Convención --el igual que el resto de las -- convenciones suscritas en CIDIP-- ha contribuido a una modernización del Derecho Internacional Privado a nivel local, su adecuada interpretación y aplicación continúa dependiendo de los jueces y autoridades nacionales que en la mayoría de los casos ignoran incluso la existencia de estas normas internacionales. Aún estando de acuerdo con la reserva que hizo México al artículo 2 de la -- Convención, nos resulta inaceptable el que un juez esté mal preparado alegando que a quien compete probar la existencia del derecho extranjero es a las partes. Hay cuestiones fundamentales del Derecho Internacional Privado Mexicano que no debieran desconocer los jueces.

El primer paso consistiría, entonces, en establecer un sistema dentro del Poder Judicial a través del cual se informara oportunamente a los jueces -- sobre las convenciones internacionales que México fuera ratificando. Este sistema, podría tener a su vez dos programas de información: por una parte, la adopción de un programa de actualización mediante el cual se hiciera llegar -- periódicamente a los jueces los textos de los tratados internacionales; y por -- otra, la organización de cursos o seminarios para tratar estos temas de la misma forma como se organizan actualmente para tratar tópicos de Derecho Civil Mexicano, Mercantil, Penal, etc.

Un instrumento que, sin lugar a dudas, coadyuvaría positivamente a -- este sistema de información podría ser un banco computarizado de datos que -- fuera alimentado por todas las disposiciones contenidas en los tratados internacionales de Derecho privado, de los cuales México fuera parte, así como la in-

formación relativa a ratificaciones de otros países a esas convenciones, reservas, legislación interna de otros países, bibliografía sobre esos temas, etc. En la Consultoría Jurídica de la OEA se cuenta con este instrumento y ha sido de gran utilidad para la elaboración de las convenciones de CIDIP. Creemos que este organismo daría las facilidades necesarias para la transferencia de esos datos a México, pues la finalidad sería en todo caso la misma: la adecuada solución de los juicios internacionales. Estos sistemas de información tendrían que ser igualmente accesibles a las autoridades que conozcan de estos conflictos.

Debido a la naturaleza de los conflictos internacionales, el porcentaje de juicios vinculados con leyes extranjeras que se manejan en el foro judicial mexicano, es bastante inferior al porcentaje de juicios puramente nacionales, lo que provoca una mayor especialización para resolver estos últimos, lo cual es correcto. Ahora bien, lo que de ninguna manera es justificable es que no existan a su vez jueces especializados en Derecho Internacional Privado que estén bien preparados para resolver conflictos internacionales.

Este problema podría solucionarse concentrando los casos con "elementos extraños" en determinados jueces y autoridades. En esta forma se conseguiría cierta especialización en la práctica, con lo cual se adquiriría la imprescindible experiencia para resolver los difíciles asuntos que requieren la aplicación de la norma de Derecho Internacional Privado.

CONCLUSIONES.

CONCLUSIONES

1. Observamos en la historia del movimiento codificador interamericano un auténtico afán por resolver los conflictos derivados del tráfico jurídico internacional. Este afán se ha orientado, en una primera época, a suscribir tratados generales relativos a Derecho Civil, Comercial, Penal y Procesal Internacional. Durante este período la codificación internacional tiene éxitos regionales, más no continentales. Una segunda época se inicia con la Primera Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado en que prevalece el deseo de elaborar convenciones relativas a asuntos determinados conduciendo así, en forma más efectiva -aún cuando más lenta-, a la verdadera unificación del Derecho Internacional Privado en América.
2. La existencia de conflictos internacionales de Derecho Privado continuará requiriendo, en muchos casos, la aplicación de normas extrañas al foro para su más justa solución. De lo anterior se deduce la vigencia del sistema conflictual con sus normas generales, no obstante sus diferencias doctrinales.
3. La aprobación de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de

Derecho Internacional Privado marca un hecho singular en la historia, al -- ser la primera vez que se suscribe una convención internacional que regula los principios generales del Derecho Internacional privado. Este acuerdo -- representa en América la unidad de criterios en torno a la concepción jurí-- dica de las normas generales.

4. En el articulado de la Convención sobre Normas Generales se contienen fó-- rmulas adecuadas y precisas para resolver conflictos internacionales, sin em-- bargo, quedará como tarea para el futuro el perfeccionamiento global de la Convención. Será especialmente necesario volver a plantear los temas del -- fraude a la ley y la cuestión previa, con el objeto de precisar aún más sus disposiciones. Así mismo, convendrá nuevamente considerar la posibilidad -- de adoptar posiciones respecto al reenvío y la calificación, instituciones de gran importancia en el Derecho Internacional Privado.
5. Con respecto a la adhesión por parte de México a la Convención, podemos-- considerar de gran significación este hecho por cuanto contribuye a la mo-- dernización del Derecho Internacional Privado en este país. Los principios -- de aplicación y reconocimiento de derecho extranjero, que consagra la Con-- vención, coadyuvarán a un paulatino abandono del territorialismo exagerado que prevalece en México. Esto ha provocado, que en las últimas décadas, --

se hayan reducido muchísimo las posibilidades de aplicar derecho extranjero.

6. La Convención Interamericana sobre Normas Generales constituye un instrumento muy útil para los jueces, autoridades, abogados postulantes y estudiosos del derecho, en cuanto que brinda importantes criterios para la debida--interpretación y aplicación de las convenciones elaboradas en el seno de las Conferencias Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado. Ahora -bien, en México resulta imprescindible establecer ciertos sistemas de infor--mación y especialización judicial con el objeto de difundir el Derecho Inter--nacional Privado vigente en el país y conseguir así una mayor preparación, -principalmente por parte de los jueces a quienes compete la resolución de--los litigios internacionales.

BIBLIOGRAFIA.

- Aguilar Navarro, Mariano. Derecho Internacional Privado, Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1976.
- Arce, Alberto. Manual de Derecho Internacional Privado Mexicano, Guadalajara, Librería Font, 1943.
- Arellano García, Carlos. Derecho Internacional Privado, séptima edición, México, Editorial Porrúa, 1984.
Práctica Jurídica, segunda edición, México, Editorial Porrúa, 1984.
- Caicedo Castilla, José Joaquín. Derecho Internacional Privado, Bogotá, 1967.
- Código Civil para el Distrito Federal, quincuagésima edición, México, Editorial Porrúa, 1982.
- Código de Comercio y Leyes Complementarias, cuatridécimaprimer edición, México, Editorial Porrúa, 1983.
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, vigésimaseptima edición, México, Editorial Porrúa, 1983.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985.
- Duncker Biggs, Federico. Derecho Internacional Privado, Santiago de Chile, 1950.
- García Moreno, Víctor Carlos. "La Intervención del Estado en conflictos de leyes a través del orden público", en: Tercer Seminario Nacional de -- Derecho Internacional Privado, México, UNAM, 1980, págs. 41 a 52.

- "Materiales de apoyo para la enseñanza del Derecho Internacional Privado", Quinto Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado, en: "Lecturas Jurídicas", Edición especial, No. 75, Universidad Nacional Autónoma de Chihuahua, México, 1982, págs. 13 a 25.

Goldschmidt Werner. Derecho Internacional Privado, Buenos Aires, Editorial el Derecho, 1970.

- "Normas Generales de la CIDIP II, Hacia una teoría general del Derecho Internacional Privado Interamericano" en: Anuario Jurídico Interamericano, Secretaría General de la OEA, Washington, D.C., 1980, págs. 141 y siguientes.

Guzmán, Diego y Millán, Martha. Curso de Derecho Internacional Privado, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1973.

Mackelt, Tatiana B. de. Normas Generales de Derecho Internacional Privado en América, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1984.

- "Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-II)", en: Revista "Jurídica", No. 14 Universidad Iberoamericana, México, 1982, págs. 327 a 357.

Miaja de la Muela, Adolfo. Derecho Internacional Privado, octava edición, Madrid, Ediciones Atlas, 1981.

Novoa Monreal, Eduardo. Defensa de las nacionalizaciones ante tribunales extranjeros, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976.

Organización de Estados Americanos, Secretaría General. Actas y Documentos Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP), Doc. OEA/Ser. K/XXI.1, CIDIP 64, Washington, D.C. Vols. I, II y III, 1975.

- Actas y Documentos, Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP II), Doc. OEA/Ser K/XXII.2, Washington, D.C., Vols. I, II y III, 1980.
- Tratados de Montevideo 1889-1940, CIDIP I, OEA/Ser K, Washington, D.C., 1977.
- Código Bustamante, Sistema Interamericano, Oceana Publications, 1983, págs. 505 y siguientes.

Pereznieto Castro, Leonel. Derecho Internacional Privado, notas sobre el principio territorialista y el sistema de conflictos en el derecho mexicano, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982.

- Derecho Internacional Privado, séptima edición, México, Editorial--Harla, 1984.
- "Análisis de algunos principios establecidos por las convenciones -- aprobadas en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, en: Revista "Jurídica", No. 14 Universidad Iberoamericana, México, 1982, págs. 253 a 264.
- Posibilidades de ratificación de las Convenciones de las Conferencias Especializadas Interamericanas I y II, desde una perspectiva latinoamericana, en: "Anuario Jurídico Interamericano", Secretaría General de la OEA, Washington, D.C., 1982, págs. 183 y siguientes.

- "Derecho Internacional Privado", en Introducción al Derecho Mexicano, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983, págs. 629 a 659.

Plano, Jack y Olton, Roy. Diccionario de Relaciones Internacionales, México, Editorial Limusa, 1985.

Primer seminario nacional de Derecho Internacional Privado, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Coordinación de Humanidades, 1979.

Primer seminario sobre derechos de autor, propiedad industrial y transferencia de tecnología, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Dirección General de Estudios de Legislación Universitaria, 1985.

Rabcewicz-Zubkowski, L. Kos. Cooperación Interamericana en los procedimientos Civiles y Mercantiles, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982.

Reese, Willis. Restatement (Second), Conflict of laws, St. Paul, Minn., American Law Institute, 1971.

Romero del Prado, Victor. Manual de Derecho Internacional Privado, primera edición, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1944.

Rosales Silva, Manuel. "Algunos criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de Ejecutorias y Jurisprudencia, relacionada con el Derecho Internacional Privado, en: "Lecturas Jurídicas", Universidad Autónoma de Chihuahua, No. 75, México, 1982, págs. 37 a 72.

- "Una modalidad de institución desconocida" en "Revista de Investigaciones Jurídicas" de la Escuela Libre de Derecho, Año 6, No. 6, México, 1982, págs. 311 a 317.

Segundo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Coordinación de Humanidades, 1980.

Siqueiros, José Luis. Síntesis del Derecho Internacional Privado, segunda edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1971.

- "¿Es posible la codificación de principios generales del Derecho Internacional Privado?", en Primer Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Coordinación de Humanidades, 1979, págs. 79 a 169.

- "La codificación del Derecho Internacional Privado en el Continente Americano", en Revista "Jurídica", Universidad Iberoamericana, No. 14, 1982, págs. 235 a 251.

Sommerville, Hernán. Uniformidad del Derecho Internacional Privado Convencional Americano. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1965, pág. 82.

Tercer Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Coordinación de Humanidades, 1980.

Trigueros, Eduardo. Derecho Internacional Privado (recopilación de Laura Trigueros y Leonel Pereznieto), México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1979.

ANEXO 1

CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE
NORMAS GENERALES DE DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO.

Anexo I. CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE NORMAS
GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRI-
VADO.

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:

ARTICULO 1

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 multi lateral por los Estados Partes.

En defecto de norma internacional, los Estados Partes aplicarán las reglas de conflicto de su derecho interno.

ARTICULO 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.

ARTICULO 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.

ARTICULO 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.

ARTICULO 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.

ARTICULO 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.

ARTICULO 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.

ARTICULO 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.

ARTICULO 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.

ARTICULO 10

La presente Convención estará abierta a la firma de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos.

ARTICULO 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.

ARTICULO 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.

ARTICULO 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.

ARTICULO 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.

ARTICULO 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 posteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones posteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto treinta días después de recibidas.

ARTICULO 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.

ARTICULO 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.

La presente es copia fiel y completa en español de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, hecha, en Montevideo, Uruguay, el día ocho del mes de mayo del año de mil novecientos setenta y nueve.

Anexo II PROYECTO DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE NORMAS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PRESENTADO A CIDIP II POR LA DELEGACIÓN MEXICANA.

1. Aplicación del derecho extranjero.

ARTICULO 1

La determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con derecho extranjero, se sujetará a lo re-
gulado 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 apli-
carán las reglas conflictuales de su derecho interno.

ARTICULO 2

Los jueces y autoridades de los estados partes estarán obli-
gados a aplicar las normas jurídicas de derecho extranjero vigen-
te que hayan resultado aplicables conforme al artículo anterior.
Los aspectos relativos a interpretación, jerarquía normativa o plu-
ralidad de sistemas del derecho extranjero se resolverán de acuer-
do con los principios que rijan en el país de procedencia.

2. Reconocimiento de derechos adquiridos.

ARTICULO 3

Los derechos adquiridos en el extranjero en virtud de actos
jurídicos o resoluciones judiciales, válidos según el derecho de --
ese Estado, serán reconocidos en los otros estados partes, a me-
nos que el Estado de reconocimiento reclame competencia exclu-
siva en la materia, o sean contrarios a sus principios de orden-
público.

3. Reenvío.

ARTICULO 4

Cuando la norma de conflicto de un Estado declare competente-

ANEXO II

PROYECTO DE LA CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE NORMAS
GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PRE-
SENTADO A CIDIP II POR LA DELEGACION MEXICANA.

el derecho de otro, el tribunal de la causa aplicará el derecho material del Estado extranjero.

4. Calificación.

ARTICULO 5

La naturaleza de la institución o relación jurídica que corresponda al problema conflictual se determinará conforme a la ley del juez o autoridad que conozca del asunto, salvo el caso en que la calificación se rija por regla especial de esta Convención o de otra norma internacional aplicable.

5. Orden público.

ARTICULO 6

Las normas jurídicas, sentencias judiciales, laudos arbitrales, actos jurídicos y declaraciones de voluntad, procedentes del extranjero, que hayan resultado aplicables conforme a las normas conflictuales internacionales o internas, dejarán de tener eficacia cuando sean contrarias al orden público del país receptor.

Corresponde a la autoridad o juez del Estado receptor de la norma jurídica extranjera determinar la extensión y modalidades de esta reserva.

6. Fraude a la ley.

ARTICULO 7

No se aplicará el derecho extranjero ni se reconocerán derechos adquiridos de conformidad con el mismo, cuando artificioosamente se haya evadido la ley del Estado receptor. Quedará a juicio de las autoridades competentes de este último el determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas.

7. Existencia, estado y capacidad de las personas. El domicilio.

ARTICULO 8

La existencia, estado y capacidad general de las personas se rigen por la ley de su domicilio.

ARTICULO 9

La existencia, regulación interna y funcionamiento de las personas jurídicas se determinan por la ley del país en que fueron constituidas. Sin embargo, en lo relativo al ejercicio de sus actividades quedarán sujetas a las leyes del país donde intenten realizarlas.

ARTICULO 10

Las capacidades con regulación jurídica especial se rigen por la ley aplicable a la institución específica. No obstante, no se admitirán por los estados partes limitaciones a la capacidad fundadas con motivos de raza, nacionalidad, religión o rango.

ARTICULO 11

Los actos del estado civil de los extranjeros no residentes se verificarán ante el agente consular o diplomático acreditado por su país, con aplicación de las normas jurídicas del país de su procedencia. Sin perjuicio de lo anterior, los extranjeros podrán verificar ante las autoridades locales los actos del estado civil que les permita el derecho interno del país donde se encuentran.

ARTICULO 12

El domicilio de una persona es el lugar donde reside con el propósito de establecerse. Se presume el propósito de establecerse en un lugar, cuando se reside por más de seis meses en él.

A falta de domicilio conforme al párrafo anterior, se tendrá como domicilio el lugar donde la persona tenga el principal asiento de sus negocios.

En defecto de uno y otro domicilio, respectivamente, se reputará como domicilio la simple residencia o el lugar en que la persona se halle.

ARTICULO 13

La mujer casada tiene su domicilio propio y distinto del marido, si lo ha adquirido de conformidad con lo dispuesto en este capítulo.

ARTICULO 14

El domicilio de los menores e incapaces, sujetos a patria--potestad, a tutela o a curatela, es el de sus representantes legales.

ARTICULO 15

Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, en caso de que varias personas, relacionadas entre sí en virtud de filiación o estado civil, tengan domicilios diversos, el tribunal del Estado parte que conozca de la causa, elegirá como domicilio de terminante, aquel más directamente vinculado a la protección -- del interés jurídico preponderante.

ARTICULO 16

La adquisición, cambio, pérdida y recuperación del domicilio, se regirán por la ley del tribunal que conozca del problema--conflictual.

ARTICULO 17

Ninguna persona puede carecer de domicilio, ni tener dos o más domicilios a la vez.

ARTICULO 18

El cambio de domicilio no restringe los derechos adquiridos en materia de estado civil.

8. Bienes muebles e inmuebles.

ARTICULO 19

Los bienes, cualquiera que sea su naturaleza, se rigen por la ley de su situación. La misma ley rige la constitución conte--nido y extensión de los derechos reales que son susceptibles.

ARTICULO 20

Las calificaciones y clasificaciones relativas a bienes, así como las materias concernientes a la capacidad para adquirirlos,

gravarlos, enajenarlos, se rigen por la ley del lugar de la ubicación.

ARTICULO 21

El cambio de situación de los bienes muebles no afecta -- los derechos que se hayan adquirido con arreglo a la ley del lugar donde existan al tiempo de su adquisición. Sin embargo, tales derechos sólo pueden ser opuestos a terceros después de cumplir con los requisitos exigidos por la ley de la nueva situación.

9. Forma extrínseca de los actos.

ARTICULO 22

Los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma, se regirán por las normas jurídicas del país de su celebración u otorgamiento. Sin embargo, los celebrantes de los actos jurídicos quedan facultados para sujetarse a los requisitos de forma prescritos por el país donde hayan de ejecutarse. En este supuesto, podrán acudir ante los agentes diplomáticos o consulares que el Estado de dicho país tenga acreditados en el extranjero.

10. Obligaciones.

ARTICULO 23

Las obligaciones convencionales se rigen por la ley indicada por las partes, siempre que exista entre esa ley y la obligación una vinculación internacionalmente admisible.

ARTICULO 24

A falta de indicación de las partes o en caso de ineficacia de aquélla, las obligaciones convencionales se rigen por la -- ley con la cual están más directamente vinculadas en razón de -- sus características objetivas y subjetivas. A este efecto, el tribunal que juzgue la causa tomará en consideración: el lugar de celebración del contrato, el de su negociación, el de su cumplimiento; el domicilio y nacionalidad de las partes y todos aquellos -- otros elementos que le puedan permitir una mejor evaluación del caso.

ARTICULO 25

La ley que resulte competente de conformidad con lo dispuesto en los apartados anteriores, determina las normas imperativas aplicables y los límites a la autonomía de la voluntad de las partes.

ARTICULO 26

Sin perjuicio de las normas anteriores, los efectos jurídicos de actos y contratos realizados en el extranjero, que deban ejecutarse en el territorio de uno de los estados partes, se regirán por las normas jurídicas del lugar de ejecución.

11. Disposiciones finales.

ARTICULO 27

La presente convención estará abierta a la firma de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.

ARTICULO 28

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

ARTICULO 29

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.

ARTICULO 30

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.

ARTICULO 31

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.

ARTICULO 32

La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquier estado parte 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.

ARTICULO 33

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. Dicha Secretaría notificará a los estados miembros de la Organización de los Estados Americanos y a los estados que se hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumento de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiere.

ANEXO III LISTA DE PAISES SIGNATARIOS DE LA CONVENCIÓN Y RESERVAS HECHAS A LA MISMA. (*)

<u>PAISES SIGNATARIOS</u>	<u>DEPOSITOS DE RATIFICACION</u>
1/ Argentina.....	1º de diciembre de 1983
2/ Bolivia.....	
Brasil.....	
Colombia.....	10 de septiembre de 1981.
Costa Rica.....	
Chile.....	
Ecuador.....	18 de mayo de 1982.
3/ El Salvador.....	
Guatemala.....	
Haití.....	
Honduras.....	
4/ México.....	19 de abril de 1984 a/
Panamá.....	
Paraguay.....	16 de agosto de 1985
Perú.....	15 de mayo de 1980
República Dominicana.....	
5/ Uruguay.....	10 de junio de 1981 b/
Venezuela.....	18 de diciembre de 1985.

Todos los Estados que figuran en esta lista firmaron la Convención

(*) Los datos contenidos en esta lista son los vigentes al 18 de diciembre de 1985.

ción el 8 de mayo de 1979, con excepción de los indicados en -- las notas.

La Convención queda abierta a la firma de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos y a la adhesión de cualquier otro Estado.

1. Firmó el 10. de diciembre de 1983 en la Secretaría General de la OEA.

2. Firmó el 2 de agosto de 1983 en la Secretaría General de la OEA.

3. Firmó el 11 de agosto de 1980 en la Secretaría General de la OEA.

4. México:

Firmó ad referendum el 3 de agosto de 1982 en la Secretaría General de la OEA con la siguiente reserva:

México interpreta que el Artículo 2 crea una obligación 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.

5. Uruguay:

(Declaración hecha al firmar la Convención)

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 panamericano 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. 14.534 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 preludida 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 distintos Estados Partes para que en forma no discrecional y fundada, declaren no aplicables los preceptos de la ley extranjera cuando éstos ofenden en forma concreta, grave y manifiesta, - normas y principios esenciales de orden público internacional en - los que cada Estado asiente su individualidad jurídica.

a) México:

El instrumento de ratificación se recibió en la Secretaría General de la OEA el 9 de marzo de 1983, con una reserva. Se -- procedió al trámite de consulta el 19 de abril de 1983 de conformidad con la Resolución AG/RES.102 de 1973. El plazo de 12 - meses para la realización de consultas se cumplió el 18 de abril de 1964, sin objeciones.

El texto de la reserva es el mismo formulado al momento - de la firma de la Convención.

b) Uruguay:

(Declaración hecha al ratificar la Convención)

Con la declaración formulada al firmarla.

(Reserva hecha al ratificar la Convención)

El Gobierno de la República Oriental del Uruguay hace re--

serva del Artículo seis de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado por entender:

Primero.- Que su admisibilidad significaría introducir una nueva excepción a la normal aplicación del derecho extranjero -- regularmente competente según la regla de conflicto,

Segundo.- Que la excepción sólo podría funcionar cuando se haya afectado la aplicación de la ley propia,

Tercero.- Se introduce un elemento de subjetividad difícilmente discernible, dándose seguramente entrada a presunciones -- de dudosa validez ante el texto claro de la norma de conflicto,

Cuarto.- Se iría en muchas circunstancias contra la autonomía de la voluntad de las partes y dado el carácter claramente-objetivo de muchos puntos de conexión, como el domicilio, se estaría eliminando los textos aprobados en la Conferencia acerca -- de tal punto de conexión como el Artículo dos de la Convención -- sobre el domicilio de las personas físicas.

Quinto.- El Uruguay admitirá el fraude a la ley en los casos en que se pueda perjudicar los intereses del país y no frenar -- te a relaciones meramente privadas,

Sexto.- En el caso del establecimiento fraudulento del punto de conexión no existiría fraude a la ley sino fraude y en consecuencia no se habría establecido el punto de conexión.